الإصدار: 30



نظرية العقد
في الشريعة الإسلامية

د. محمد الحبيب التجكاني



يُهدى ولا يُباع



نظرية العقد في الشريعة الإسلامية

د / محمد الحبيب التجكاني

الإصدار: 30 (مايو 2010م / جمادى الأولى 1431هـ)



د/ محمد الحبيب التجكاني

من مواليد المغرب،حاصل على دكتوراه الدولة من دار الحديث الحسنية بالرباط، عمل أستاذا للفقه والاقتصاد الإسلامي بكلية أصول الدين بتطوان.

حقق «مسائل أبي الوليد ابن رشد (الجد)»، و«الفتح المبين في بيان الزكاة وبيت مال المسلمين» لعبد الرحمن المنجرة.

من مؤلفاته: «نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية»، و«الوسطية في الإسلام»، و«النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية»، و«موقف الإسلام من نظريات الدفاع الاجتماعي»، و«الإحسان الإلزامي وتطبيقاته في المغرب»، وغيرها.



نهـر متعـدد ... متجـدد

مشروع فكري وثقافي وأدبي يهدف إلى الإسهام النوعي في إثراء المحيط الفكري والأدبي والثقافي بإصدارات دورية وبرامج تدريبية وفق رؤية وسطية تدرك الواقع وتستشرف المستقبل.



وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

قطاع الشؤون الثقافية

إدارة الثقافة الإسلامية

ص.ب: 13 الصفاة - رمز بريدي: 13001 دولة الكويت

الهاتف: 22487310 (965+) - فاكس: 22445465 (965+)

نقال: 99255322 (965+)

البريد الإلكتروني: rawafed@islam.gov.kw

موقع «روافد»: www.islam.gov.kw/rawafed

تم طبع هذا الكتاب في هذه السلسلة للمرة الأولى،

ولا يجوز إعادة طبعه أو طبع أجزاء منه بأية وسيلة إلكترونية أو غير

ذلك إلا بعد الحصول علىموافقة خطية من الناشر

الطبعة الأولى - دولة الكويت

مايو **2010**م / جمادى الأولى **1431** هـ

الآراء المنشورة في هذه السلسلة لا تعبر بالضرورة عن رأي الوزارة

كافة الحقوق محفوظة للناشر

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

الموقع الإلكتروني: **www.islam.gov.kw**

تم الحفظ والتسجيل بمكتبة الكويت الوطنية

رقم الإيداع: **2010 / 077**

ردمك: **978-99906-993-5-7**

فهرس المحتويات



تصدير

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين.

إذا تقرر، في ضوء استقراء آحاد النصوص الشرعية في الكتاب الكريم وسنة المصطفى الأمين، أن من مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ النفس والعقل والدين والمال والعرض ، فإنه لايوجد مجال يظهر فيه حرص الشريعة على تحقيق هذه المقاصد ورعايتها، بشكل جلي ومتناسق، مثلما يظهر في مجال العقود، فما من باب من أبواب العقد، وما من شرط من الشروط، أو حكم من الأحكام ، أواستثناء من الاستثناءات، أو قيد من القيود، أو إجازة أو تحريم ... إلا ويكون مصدره وغايته تحقيق مقاصد الحفاظ على تلك المصالح المعتبرة في الشريعة.

ولعل هذا السر لايحتاج إلى كبير تفسير، فالشريعة ، أساسا، جاءت لتحقق العدل، ومن مظاهر رعاية العدل أن يكون الإنسان على بينة بما يبرم من عقود ، ابتداء بأهليته وقدرته العقلية وحرية إرادته، وانتهاء بطبيعة موضوع التعاقد وأطرافه وموجباته، مرورا بالحلول الواقعية ممثلة في إجازة النيابة والوكالة والوصاية وما إليها، إضافة إلى قضايا تفسير العقود وتنفيذها.

وما من حالة من الحالات السابقة، إلا وتجد الشريعة قد وضعت لها آلية للتعامل معها، كي لاتضيع حقوق فاقد الأهلية ، أو من يبرم معهم العقود، ونهت عن مختلف مظاهر الغش والتدليس والإكراه، ووضعت قنوات لضمان مواجهة الامتناع أو التهرب عن الالتزام ببنود العقد، وذلك كله وفق قواعد محكمة تحقيقا لقيم العدل والتوازن والأمن في رعاية حقوق أطراف التعاقد ومن يرتبط بهما من ذوي الحقوق والواجبات على حد سواء.

وما حرص الشريعة على حفظ تلك المقاصد إلا ليظل المجتمع المسلم آمنا في علاقاته وأسواقه ومعاملاته ، متحليا بقيم التوادد والتساكن والتعاون

بين أفراده ومؤسساته ، بدل التنافر والتباغض والكراهية التي تنشأ عن الإحساس بالظلم وضياع الحقوق.

وتتبع هذه الأوضاع والأحوال والآليات... يجعلك تشعر، حقيقة، أنك إزاء نظرية متكاملة العناصر والمبادئ والخطوات، نظرية لم يزدها التطور الحديث في القوانين المنظمة للحياة المدنية إلا قوة في أصالتها وشموليتها وقدرتها على استيعاب العناصر الإيجابية المستجدة في مناشط الحياة القانونية والإدارية والمالية المعاصرة.

وقد اجتهد الأستاذ الدكتور محمد الحبيب التجكاني في أن يجمع عناصر تلك النظرية ويرتبها ترتيبا محكما استنادا إلى عناصر التعاقد ، من طرفين وموضوع ومحل وآثار وأنواع وتنفيذ وانتهاء...، فجاء كتابه الكريم «نظرية العقد في الشريعة الإسلامية» مرجعا شاملا ودقيقا لهذا الحقل الشرعي والفقهي والقانوني الذي ينظم حياة الناس في شؤونهم المدنية ، من بيع وشراء وكراء وزواج ووصية وهبة ووقف وغيرها.. مع وضوح في العبارة ، وحسن في التبويب والترتيب، وتقصد إلى تناول الموضوع في مختلف جوانبه وبإيجاز أكسب الكتاب قيمة منهجية كبيرة.

وإذا أضيف إلى ذلك حرص الباحث على إيراد الآراء والمواقف والاتجاهات من المذاهب الفقهية المعتبرة ، فإن ذلك يمنح الكتاب قيمة رابية بإذن الله.

ومع هذه الجهود المنهجية والعلمية، فإن الكاتب اعتبرها مجرد«نظرة موجزة عن العقد وقواعده العامة في الإسلام، نتمنى أن تتاح الفرصة لتوسيعها ، وإخراجها في مستوى أحسن، حتى تستطيع ان تلبي أكثر حاجات المجتمع الإسلامي في مجال العقود»، وهو وعي من الكاتب بضرورة تكاثف الجهود لإعادة صياغة العديد من قواعد تلك النظرية صياغة تستوعب ما يستجد من نوازل وأعراف واجتهادات تفرضها طبيعة الحياة المعاصرة ، وما يرافقها من تجديد وإبداع في العلوم والتكنولوجيا ، مما يعطي لعملية

التعاقد أبعادا ودلالات لم تكن في العصور السابقة ، في مستوى أنواع العقود والمعاملات، وفي جانب الأمثلة والنماذج ، وفي موضوع الشروط والاعتبارات... وذلك كله مجال خصب للاجتهاد.

وإن إدارة الثقافة الإسلامية بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت حريصة على أن يكون التأصيل الشرعي منطلقها في ما تقدمه للجمهور الكريم وعموم القراء من ثقافة وفكر واجتهادات، وذلك إسهاما منها في تفعيل التنمية الثقافية، وتشكيل الفكر والوجدان وفق قيم الإسلام وهديه.

والله الهادي إلى سواء السبيل...



مقدمة

الحمد للّه رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين.

لا نعني بالنظرية الافتراض العقلي الذي يتطلب التحقيق أو التجريب لإثبات خطأ الافتراض أو صوابه، ولكننا نعني بالنظرية مجموعة من القواعد الشرعية العامة، المتصلة بالعقد، والتي توحد بينها روابط دقيقة نابعة من ارتباطها بالموضوع الواحد، ومن الخصائص العامة التي تميز نظام الإسلام الشامل للمجتمع.

الفقه الإسلامي نشأ فقها عمليا يهدف إلى حل المشاكل اليومية وفق إرادة اللّه عز وجل، ومن ثم كان هذا الفقه في بحثه عن الحل لا يعود إلى التعليلات العقلية التي تعبر عنها -فيما يخص القانون الوضعي- فلسفات القانون المتعددة المشارب والاتجاهات، بل والمتضاربة في عدد من الحالات؛ وإنما يعود ذلك الفقه إلى النصوص المقدسة من كتاب اللّه عز وجل، ومن سنة رسوله ﷺ؛ ليأخذ منها الجواب، إما بطريق مباشر عند وجود النص الجزئي لقضية معينة، وإما عن طريق الربط بين المبادئ ومقاصد الشارع، جل وعلا، فيما إذا لم يوجد ذلك النص الجزئي.

كانت هذه النشأة غير مشجعة في المراحل الأولى لنمو الفقه، على أن توجد في الفقه الإسلامي نظرية متكاملة للعقد، أو لأي موضوع آخر من موضوعات الفقه.

وهذا لا يعني أن أساس النظرية -وهو وجود روابط داخلية خاصة بموضوع واحد- لا يوجد في الفقه الإسلامي؛ فالعكس هنا هو الصحيح، فوراء الجزئيات وأحكامها الخاصة توجد روابط وقواعد مشتركة، يملي اشتراكها وحدة الموضوع الذي تتصل به هذه القواعد، ثم وحدة النظام الإسلامي العام.

ولقد شعر الفقهاء المسلمون بهذا الاشتراك، فجعلوا من عقد البيع عقدا

نموذجيا، وتحدثوا فيه، بصفة عامة، عن المعقود عليه وشروطه، وعن العاقد وشروطه، وكأنهم بهذا يريدون أن يضعوا نظرية عامة للعقد من خلال عقد البيع، ويمكن أن نلمس نفس الشيء، أو قريبا منه، لدى بعض الفقهاء فيما يخص عقد النكاح، وعقد الإجارة.

ثم خطا خطوة جديدة في هذا الاتجاه بعض كبار الفقهاء، مثل أحمد بن تيمية المتوفى بدمشق سنة ٧٢٨هـ/ ١٣٢٨م؛ حيث تحدث عن بعض القواعد العامة للعقد في رسالة له عن العقود والشروط[1]، كما حاول آخرون من مختلف المذاهب، وبخطوات أوسع، أن يضعوا نظريات في عدد من موضوعات الفقه، مثل ما فعل أبو عبد الله محمد الحطاب المتوفى بطرابلس الغرب سنة ٩٥٣هـ / ١٥٤٦م، في كتابه «ذيل الكلام في مسائل الالتزام».

* * *

ومصداقا لقول الله عز وجل: ﴿وَلِكُلِّ أُمَّةٍ أَجَلٌ﴾[2]، وقوله سبحانه: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّ ٱللَّهَ لَمْ يَكُ مُغَيِّرًا نِّعْمَةً أَنْعَمَهَا عَلَىٰ قَوْمٍ حَتَّىٰ يُغَيِّرُوا۟ مَا بِأَنفُسِهِمْ﴾[3]، وقوله عز من قائل: ﴿سُنَّةَ ٱللَّهِ فِى ٱلَّذِينَ خَلَوْا۟ مِن قَبْلُ وَلَن تَجِدَ لِسُنَّةِ ٱللَّهِ تَبْدِيلًا﴾[4]، مصداقا لقانون الحركة التاريخية في منظور الإسلام، ابتليت البلاد الإسلامية بالاستعمار الغربي، المتمسك بعلمانية القانون، فنشأت عن طريقه كليات الحقوق بالمستعمرات، في محاولة لتعميم العلمنة، قصد إزالة التناقض أو تخفيفه على الأقل، بين المستعمِر (بالكسر) والمستعمَر (بالفتح)، وبالتالي سعيا وراء تحقيق عالمية المدنية المادية الغربية.

ثم شاء الله أن تحررت هذه المستعمرات من الجيوش الاستعمارية، وكان من المنتظر أن تصبح كليات الحقوق بالبلدان الإسلامية، بعد استقلالها،

١-انظر مجموع فتاوى ابن تيمية، ج ٢٩، ص ٥ وما بعدها.

٢-الأعراف: ٣٤.

٣-الأنفال: ٥٣.

٤-الأحزاب: ٦٢.

كليات للفقه الإسلامي أساسا؛ لأن ما كان يحميه الجندي الاستعماري كان يجب أن يخرج بخروجه، ولكن هذا ما لم يقع، وبذلك بقيت كليات الحقوق بالبلاد الإسلامية، وظلت تدرس القوانين الغربية كمادة أساسية بها، بل ظلت هذه القوانين هي كل المواد في أغلب الحالات.

واستيقظ الشعور الوطني الممزوج بالمشاعر الإسلامية، وحاول أن يعبر عن ذاته من خلال المطالبة بإدخال الدراسات الإسلامية إلى كليات الحقوق بالبلدان الإسلامية، ووقعت الاستجابة لهذا التعبير، ولكن لا على أساس أن يصبح الفقه الإسلامي هو المادة الأساسية للدراسات الحقوقية، ولكن فقط، كمادة من عدة مواد، تتسم بطابع التبعية، وذلك لأن الجامعة بالبلدان الإسلامية، بعد استقلالها، خضعت للواقع الموروث، بدلا من أن تكون رائدة تسعى لإصلاح الواقع.

وهنا بدأ الفقه الإسلامي، ومنه نظرية العقد، يدرس ببنية وبمصطلحات الفقه الغربي في أغلب الحالات، بدعوى تقريب الفقه الإسلامي من عقلية الشباب الحديث الذي ترهقه الكتب الصفراء، ساهم في هذه الدراسة عدد من المستشرقين وعدد من المسلمين.

إلا أنه مع الزمن تطور في الموضوع اتجاهان:

الاتجاه الأول: يريد أن يحتفظ للفقه الإسلامي بذاتيته، ويتجلى هذا التيار في كتابات عدد من الفقهاء المحدثين الذين تخرجوا من المعاهد الإسلامية كالأزهر، ثم تعمقوا، بعد ذلك، في دراسة الفقه الغربي، بدون أن يكون لديهم انبهار مسبق بهذا الفقه، ويمكن التمثيل لهذا الاتجاه بالشيخ محمد أبي زهرة في كتابه «الملكية ونظرية العقد».

والاتجاه الثاني: يرى أن من الخير للفقه الإسلامي أن يتطور في اتجاه الفقه الغربي، باعتبار أن ما يصل إليه الفقه الغربي، بمدارسه القانونية المتعددة، هو المعيار للتقدم الفقهي والتشريعي، ويضم هذا الاتجاه عددا

من الدارسين القانونيين الذين حاولوا دراسة الشريعة الإسلامية من خلال تصوراتهم عن الفقه الغربي، ومن خلال انبهارهم التلقائي أو المقصود بهذا الفقه، وبالمدنية الغربية التي أنتجته؛ ويمكن التمثيل لهذا الاتجاه بالدكتور عبد الرزاق السنهوري، في كتابه «مصادر الحق في الفقه الإسلامي».

وبطبيعة الحال، سيصبح هذا الاتجاه الأخير في ذمة التاريخ بانتهاء عصر الانبهار بالمدنية الغربية الاستعمارية، الذي هو عصر القوميات بما فيها القومية العربية[1]؛ وذلك بدخول عصر الصحوة الإسلامية، أو التجديد الإسلامي، الذي يهيئه الله، عز وجل، من خلال عمل المؤمنين، ليعيد الإسلام إلى مواقعه الحق في حياة المسلمين، على مستوى الدراسة، وعلى مستوى الواقع اليومي، بحول الله عز وجل.

ومهما يكن، فنظرية العقد في الفقه الإسلامي تتسم بمميزات تفارق بها مثيلتها في الفقه الغربي، فهذه النظرية في الفقه الإسلامي، ككل التشريع الإسلامي، تنطلق من مبدأين:

الأول: مبدأ حاكمية الله عز وجل في الحياة الاجتماعية.

الثاني: مبدأ خلافة الإنسان في الأرض، هذا المبدأ الذي يجعل الهدف من خلق الإنسان: أن يحقق هذه الحاكمية لله عز وجل ليكون من ورائها العبادة الشاملة لله وحده في الأرض: ﴿ وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ﴾[2].

من هذين المبدأين اللذين يحتلان مركزا هاما في العقيدة الإسلامية تنبثق كرامة الإنسان كمؤهل للخلافة.

وتتعلق كرامة الإنسان، على مستوى العقد، في اعتبار إرادة الإنسان التعاقدية، عندما تبلغ هذه الإرادة مستواها الكافي من النضج، الذي

١-يستعمل الرسول ﷺ العروبة بمعنى التعريب، وليس بالمعنى العرقي الشائع الآن، أخرج ابن عساكر عن الإمام مالك: «أيها الناس، إن الرب واحد، والأب واحد، وإن الدين واحد، وليست العربية بأحدكم من أب ولا أم، وإنما هي اللسان، فمن تكلم العربية فهو عربي».

٢-الذاريات: ٥٦.

يستطيع تقويم التعامل المالي وغير المالي في علاقة الفرد مع الآخرين في المجتمع؛ وذلك في النطاق الذي لا يتعارض مع مصالح الآخرين، وبخاصة مع مصلحة المجتمع في استقرار التعامل بين الناس؛ ذلك أن تكريم الإنسان عن طريق اعتبار إرادته لا يعني تشجيع أنانيته المضرة بمصلحة المجتمع؛ لأن إرادة الإنسان في الإسلام محكومة بإرادة الله عز وجل؛ نظرا لحاكميته التي يلتزم بها المسلم بمجرد شهادته أن لا إله إلا الله؛ ومن ذلك كانت مشروعية الباعث في العقد أمرًا ضروريا في الإسلام، وإلا خرج المتعاقد المسلم من حاكمية الله إلى حاكمية الهوى: ﴿ أَفَرَءَيْتَ مَنِ ٱتَّخَذَ إِلَٰهَهُۥ هَوَىٰهُ ﴾[1].

إن دور الإرادة في العقد يبدو من خلال اشتراط أهلية التعاقد، ومن خلال التراضي ومن خلال عيوب الرضا من الغلط والتدليس، ومن خلال الخيارات التي تجعل للإرادة دورا في مراجعة العقد بعد انعقاده، وأخيرا من خلال حرية الاشتراط التي تتأطر ضمن شروط الله، عز وجل، أو ضمن حاكميته.

ومن نفس المبدأين تنبثق فكرة التوازن بين طرفي العقد في الأخذ والعطاء بعقود المعاوضات؛ لأن الاستخلاف يقتضي بناء مجتمع يحقق قيم الإسلام في الأرض، التي تتصف بما وصفها الرسول الكريم ﷺ: «مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد، إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى»[2]، ولا يتأتى ذلك إلا بتنظيم التعاقد على أساس تنعدم فيه وسائل الاستغلال التي هي، بالوقت نفسه، وسائل التنافر والتباغض والمهاجرة.

لقد حرص الإسلام على تحقيق التوازن حين التعاقد، فحرم الربا، والغبن، والغش، والتدليس، وكتمان العيوب وما إليها؛ كما حرص على تحقيق التوازن بعد تمام التعاقد في مرحلة التنفيذ، فأمر بالوفاء، ووضع وسائل

١-الجاثية: ٢٣.

٢-الجامع الصغير: ج٢، ص ١٥٥ – ١٨٤.

عملية لحماية حقوق من يتضرر بالإخلال؛ كحق حبس العين، والتنفيذ المباشر، ومنع المدين من السفر، والطعن بتصرفات المدين المضرة، والإلزام بالضمان عند الضياع، والإتلاف، بالإضافة إلى الوسيلة العامة لحماية الحقوق: المقاضاة؛ بل إن الإسلام كان سبَّاقا في وضع قواعد للحماية من الإرهاق كقاعدة الوضع بالجائحة، وقاعدة إعمال العذر في فسخ عقود الإجارة.

ومن نفس المبدأين، أيضا، حاكمية الله، وخلافة الإنسان، تنبثق فكرة التكافل الاجتماعي، بمفهوم الإسلام للتكافل، الذي يعني: أن المسلم القادر ينبغي له أن يساهم في المحافظة على مصالح الضعفاء كالمرضى، والصغار، والغائبين عن مواقع حقوقهم وأموالهم؛ وهنا شرع الإسلام، في مجال التعاقد، قواعد النيابة في التعاقد، بفروعها المتعددة: الولاية، والوصاية، والتقديم، والوكالة، والفضالة؛ وذلك من أجل أن يصاغ المجتمع المسلم بالصيغة التي يقول فيها الرسول ﷺ: « المؤمن مرآة المؤمن، والمؤمن أخو المؤمن، يكف عليه ضيعته، ويحوطه من ورائه»[1].

وإذن: فنظرية العقد في الشريعة الإسلامية تتميز بأنها تعبير تشريعي عن مبدأ تكريم الإنسان الخليفة، الذي يحقق قيم الإسلام، من خلال الالتزام بقواعد التوازن والتكافل، في إطار من حاكمية الله عز وجل، التي تعتبر ضمانة للإنسان من الانحراف العقلي والنفسي والسلوكي في مختلف المجالات، بما فيها مجال المعاملات.

* * *

لقد حاولنا، من خلال هذه الدراسة، أن نقدم نظرة مجملة عن أهم الأحكام العامة للعقود، فتحدثنا عن عناصر العقد (الباب الأول)، وعن العقد في حال ارتباطه بالشروط والآجال (الباب الثاني)، وعن العقد

١-الجامع الصغير: ج٢، ص ١٨٤-١٨٥.

في حال صدوره من غير المعني به مباشرة (الباب الثالث)؛ كما تحدثنا بعد ذلك عن مواقع العقود المختلفة بمدارج الصحة والبطلان (الباب الرابع)، وعن آثار العقد إزاء الأشخاص من غير عاقديه (الباب الخامس)، وأخيرا عن تنفيذ العقد ووسائل حماية هذا التنفيذ (الباب السادس) منتهين بالحديث عن حل العقد وانتهائه (الباب السابع).

وقبل ذلك كان ضروريا أن نمهد لهذه القواعد بنظرة عن أهم المصطلحات الأساسية المتصلة بالعقد، وعن أهم العقود التي عرفها الفقه الإسلامي، وعن مدى إمكانية الفقه الإسلامي للسماح بإيجاد عقود جديدة، أو بإدخال ما أوجده التعامل من عقود في مختلف أنواع الفقه العالمية، وبذلك قسم الكتاب إلى مدخل وسبعة أبواب.

مدخل عام

حرية التعاقد في الإسلام

تعني حرية التعاقد إطلاق الحرية للناس أن يعقدوا من العقود ما يشاؤون، وبالشروط التي يرون، غير مقيدين إلا بقيد واحد، هو ألا تشمل عقودهم على أمور قد نهى عنها الشرع وحرمها، كأن تشتمل العقود، مثلا، على ربا.[1]

وحرية التعاقد يختلف مدى إطلاقها ما بين قواعد الفقه وآرائه، وما بين قواعد أصول الفقه، فإذا كان الفقه يضيق من هذه الحرية لدى أغلب المذاهب؛ فإن قواعد أصول الفقه تكاد –بالمقابل– أن تطلق هذه الحرية لدى أغلب المذاهب أيضا؛ ولذلك فلابد من معالجة حرية التعاقد على مستوى الفقه، وعلى مستوى أصول الفقه، وذلك قبل عرض نماذج من العقود الجديدة التي يمكن أن تستفيد من حرية التعاقد، ويتم هذا في مطلبين أثنين .

المطلب الأول: حرية التعاقد على مستوى آراء الفقه

الفقهاء المسلمون انقسموا في حرية التعاقد إلى فريقين:

– الفريق الأول: يرى أنه لا يجوز إطلاق هذه الحرية للناس في التعاقد، وأن المسلمين عليهم أن يتعاقدوا –فقط– في نطاق العقود الواردة، وهؤلاء هم الظاهرية، وعلى رأسهم أبو محمد ابن حزم، ويقاربهم في هذا الاتجاه الحنفية والشافعية.

وحجة هذا الفريق: أن النبي ﷺ أبطل كل شرط لم يرد في كتاب الله، أو في سنة رسول الله، أو في إجماع علماء المسلمين، أو لم يجر به قياس، عند من يقول به، خطب الرسول ﷺ يوما فقال: « ما بال الناس يشترطون شروطا ليس في كتاب الله، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل،

١– الملكية ونظرية العقد: ص ٢٥٨.

وإن اشترط مائة شرط، شرط الله أحق وأوثق»[1]. وإذا بطل الشرط بهذه الصفة، وهو جزء في العقد قد يكون بسيطا، فبطلان العقد أولى.

وأيضا نص الرسول على أن كل أمر لا يتم على الصفة التي كان يتم بها على عهد الرسول وأصحابه فهو مردود: « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد»[2].

قال أبو محمد بن حزم تعليقا على هذا الحديث: « فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان، والتزمه، إلا ما صح أن يكون عقدا جاء النص أو الإجماع بالتزامه باسمه، أو بإباحة التزامه بعينه»[3].

ويؤصل هذا الفريق اتجاهه بأن الأصل في العقود الحظر، حتى يرد النص بالإباحة، فما لم يرد نص بجواز عقد يكون من قبيل المحظور، الذي يصبح الوفاء به غير مشروع، لأنه تعد على حدود الله عز وجل[4].

- الفريق الثاني: يرى أن الأصل في العقود الإباحة حتى يرد النص بالحظر، لعدة نصوص واردة بهذا الأصل، يقول الله عز و جل: ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾[5]. ويقول الرسول ﷺ: « بعث الله نبيه، و أنزل كتابه، و أحل حلاله، وحرم حرامه، فما أحل فهو حلال، و ما حرم فهو حرام، و ما سكت عنه فهو عفو»[6].

ثم إن الله ربط العقود بالرضا، فجعل تبادل المال يخرج من منطقة أكل الأموال بالباطل، إذا تم التبادل في هذا المال عن طريق التراضي بين المالك و من يود نقل ملكية المال إليه ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ

١- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج ٤، ص ٣٧٠.

٢- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج ١٣، ص ٣١٧.

٣-الإحكام في أصول الأحكام: ج ٥، ص ٥٩٢.

٤- مجموع فتاوى ابن تيمية، ج ٢٩، ص ١٢٦.

٥- الإسراء: ١٥.

٦- سنن أبي داوود، رقم: ٣٨٠٠.

﴿أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[1]، والتجارة اسم يعم كل عقود المعاوضات، كالبيع، والإجارة، والكراء[2]؛ كما أن القرآن ربط نقل الملكية في التبرعات بطيب النفس: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾[3]، وطيب النفس هنا هو الرضا بالتنازل عن المال لمصلحة الغير، وإذا كانت الآية واردة في الإبراء، وهو تبرع بالدين لمصلحة المدين، فإن باقي عقود التبرعات تقاس على هذا الإبراء، وبذلك تكون العقود كلها معاوضة كانت أو تبرعا، مربوطة بالرضا.

إن ربط الحكم بعلة يشير إلى أن الحكم يدور مع العلة، بحيث إذا وجدت العلة -وهي التراضي، وطيب النفس- وجد المعلول، وهو عقد المعاوضة أو التبرع؛ وإذن فوجود العقد لا ينشأ ضرورة عن النص الحرفي، وإنما ينشأ عن التراضي وطيب النفس؛ أي عن الإرادة الإنسانية والتعبير عنها في النطاق الذي لا يتصادم مع إرادة الله عز وجل.

وثالثا: أن نصوصا عديدة وردت في القرآن وفي السنة تأمر باحترام الإرادة الإنسانية المشروعة في العقود والعهود، والوعود، والشروط: ففي الوفاء بالعقود والعهود، ينص القرآن: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾[4]، ﴿وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمْ﴾[5]. وفي الوفاء بالوعود ينص الرسول ﷺ أن إخلاف الوعد المتكرر هو علامة من بين ثلاث علامات للنفاق: «آية المنافق ثلاث: إذا حدَّث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان».[6]

وفي الوفاء بالشروط المتراضي عليها ينص الرسول ﷺ: « الصلح جائز

١- النساء: ٢٩.

٢- أحكام القرآن للجصاص ج ٢، ص ١٧٢.

٣- النساء: ٤.

٤- المائدة: ١.

٥- النحل: ١٩.

٦- صحيح مسلم، رقم: ١٠٨.

بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا، أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا، أو أحل حراما»[1].

وهذا الأمر جاء مطلقا غير مربوط إلا بالإرادة الإنسانية المشروعة، وذلك ليس له من معنى إلا احترام الشريعة الإسلامية لهذه الإرادة، والحث على تنفيذ موضوعها، ولو لم ترتبط بنص خاص يبيح العقد، أو الشرط أو الوعد باسمه المعين.

وهذا الفريق يجمل الأدلة التي استدل بها منكرو حرية التعاقد خاصة بالموضوعات التي وردت بشأنها، كاستثناء من الأصل العام، الذي هو الإباحة، حتى يرد الحظر.

وعلى هذا الرأي مذهب الحنابلة، وقريب منه مذهب مالك: قال أحمد ابن تيمية: « وأصول أحمد المنصوصة عنه، أكثرها يجري على هذا القول، ومالك قريب منه، ولكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه»[2].

إن اتجاه منكري حرية التعاقد يسد الباب أمام العقود التي يحدثها تطور الحياة، وخاصة التجارية منها، ويضع الناس أمام حرج لا طاقة لهم بتحمله؛ فالشركات المساهمة مثلا والكمبيالية أصبحتا من ضروريات التعامل التجاري اليوم، ومن العبث محاولة إلغاء استعمال هذه الأوراق، دون أي تفكير في الاستبدال، مع أن من قواعد الإسلام رفع الحرج عن الناس ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾[3].

بينما اتجاه إطلاق حرية التعاقد فيما لا يتصادم مع إرادة الله، يفتح السبيل أمام تلبية حاجات التطور المشروعة، ويبيح الأخذ بالعقود الجديدة، على أن تمر بالمصفاة الإسلامية، فينتزع من هذه العقود ما يتصادم وإرادة

١-سنن الترمذي رقم: ١٣٦٣.

٢- مجموع فتاوى ابن تيمية: ج ٢٩، ص ١٣٣.

٣- الحج: ٧٦.

اللّه عز وجل، ليعوض بما ينسجم وطموحات المسلمين الكبرى في تقدم الحياة، في إطار المحافظة على التمتع برضوان اللّه الحي القيوم.

على أن من ضيقوا في حرية التعاقد على مستوى قواعد الفقه، قد وضعوا –على مستوى أصول الفقه– قواعد تؤدي، عند تطبيقها، إلى فتح المجال واسعا أمام حرية التعاقد، فالحنفية توسعوا في الأخذ بالعرف، والمالكية والحنابلة توسعوا في الأخذ بالمصلحة المرسلة، ونقول كلمة عن الأصليين، باعتبار دورهما في فتح المجال أمام حرية التعاقد.

المطلب الثاني: حرية التعاقد على مستوى أصول الفقه: المصلحة والعرف

المصلحة المرسلة: جاءت الشريعة لتحقيق مصلحة الإنسان، بمعنى أن تدفع عنه ضرا، وتجلب له نفعا، وهذه المصلحة تستهدفها الشريعة على مستوى الحياة الدنيا، وعلى مستوى الحياة الأخرى: ﴿فَإِمَّا يَأْتِيَنَّكُم مِّنِّي هُدًى فَمَنِ اتَّبَعَ هُدَايَ فَلَا يَضِلُّ وَلَا يَشْقَى ﴿١٢٣﴾ وَمَنْ أَعْرَضَ عَن ذِكْرِي فَإِنَّ لَهُ مَعِيشَةً ضَنكًا وَنَحْشُرُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَعْمَى﴾[1].

والذي يتابع نصوص القرآن والسنة يجد المصلحة هي هدف الشارع، على مستوى الشعائر، وعلى مستوى العلاقات بين البشر، في المعاملات والعقوبات وغيرهما، كما يجد هذه المصلحة هي الهدف العام للشريعة ككل.

فعلى مستوى الجزئيات، نجد القرآن عندما يضع تشريعا معينا، يربطه بالمصلحة الجزئية المتوخاة منه، فالصلاة، مثلا كشعيرة شرعت لينتهي بها الإنسان عن المخالفات: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ﴾[2]، والصيام شرع لتحقيق عزيمة الامتثال في نفس المؤمن: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن

١– طه: ١٢٣–١٢٤.

٢– العنكبوت: ٤٥.

﴿قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[1]، والزكاة شرعت لتطهير النفس من الشح، ولتطهير المال وتزكيته: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾[2]، والقصاص شرع للحفاظ على الحياة: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ﴾[3]. وهكذا في كل فروع الشريعة من معاملات وعقوبات وعلاقات متعددة.

وعلى مستوى المصلحة كهدف عام نجد القرآن يربط بين الرسالة والرحمة: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾[4]،كما يربط بين التحليل والطيبة والتحريم والخبث عندما يصف الرسول بأنه ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾[5].

لقد عبر بعض الأصوليين كأبي حامد الغزالي، وأبي إسحق الشاطبي عن هذه المصلحة بمقاصد الشارع من الشريعة، في محاولة لجمع أنواعها فيما سمي بالضرورات الخمس: حفظ الدين، والعقل، والنفس، والنسل، والمال، مضافا إليها ما يكملها من تلبية الحاجيات كرخصة الإفطار في رمضان للمسافر والمريض، ومن إشباع للرغبات الكمالية كأخذ الزينة عند قصد المسجد ﴿يَا بَنِي آدَمَ خُذُوا زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾[6]؛ فعندما يقول الرسول ﷺ: «لا يرث القاتل»[7] يربط الحرمان من الإرث بالقتل، ويجعل القتل وصفا مناسبا لهذا الحرمان، وعندئذ تكون المصلحة، وهي محاربة الاعتداء على الحياة، منصوصة بنص خاص، هو هذا الحديث، كما أنها منصوصة بقاعدة عامة، هي حفظ النفس، كإحدى الضروريات الخمس.

١-البقرة: ١٨٢.

٢-التوبة: ١٠٣.

٣- البقرة: ١٧٩.

٤- الأنبياء: ١٠٧.

٥- الأعراف: ١٥٧.

٦- الأعراف: ٣١.

٧- مسند الإمام أحمد ج ١ ص ٤٩.

تسمى المصلحة المنصوصة بنص خاص بالمصلحة المعتبرة، في مقابلة المصلحة المرسلة، التي تعتمد على النص العام، دون أي نص خاص. ومثال هذه المصلحة المرسلة ما أفتى به أبو إسحاق الشاطبي من أنه يجوز للإمام أن يفرض على سكان مدينة معينة ضريبة برسم تحصين المدينة، ببناء سور حولها، يساعد على تقوية الدفاع إزاء المد الصليبي بالأندلس لعصره[1].

فهذه الفتوى لم تعتمد المصلحة المعتبرة لأنه لا يوجد نص خاص يعطي الإمام حق فرض الضرائب، باسم هذه التحصينات، وليس من المنتظر أن يوجد مثل هذا النص في شريعة خالدة مرنة، وإنما اعتمدت هذه الفتوى المصلحة المرسلة، التي تقوم على قاعدة عامة هي حفظ النفس والمال، في نطاق الضروريات الخمس، كمقصد للشارع الحكيم.

والعقود الجديدة هي من هذا النوع الأخير من المصلحة، فهذه العقود يمسها طلب الشريعة لحفظ النفس والمال، إذا خلت من المحظور الشرعي، المتجسم في الربا مثلا، ولكنها لا تجد إذنا بنص خاص؛ ولذلك فإذا توفر في هذه العقود شروط المصلحة، وهي: أن تكون مصلحة حقيقية، بعيدة عن الوهم، وأن تكون تهم الجمهور من الناس، لا فئة أو فردا من الناس، وألا تصادم نصا شرعيا، ولا قاعدة عامة من قواعد الشريعة[2]، إذا كانت تلك العقود بهذه الصفات، قبلت من لدن الشريعة، وإذا لم تكن متوفرة على ذلك، عدلت حتى تحظى بقبول الشريعة، فتدخل مجال التعامل اليومي بين المسلمين بموافقة الشريعة الغراء.

إن المصلحة المرسلة قال بها المالكية على نطاق واسع، كما قال بها الحنابلة خاصة المتأخرين منهم كابن تيمية، وابن القيم؛ كما أخذ بها كل المذاهب على نسب متفاوتة، وبأسماء أخرى، كالاستحسان لدى الحنفية، والقياس

١- تهذيب الفروق، ج ١ ص ١٤١.

٢- يرى نجم الدين الطوفي المتوفى ٧١٦ هـ من الحنابلة: أن المصلحة تقدم على النص، وعلى الإجماع، وقد يكون في هذا تجاوز.

لدى الشافعية، وهي تفتح المجال واسعا أمام حرية التعاقد، فيما يَجِد من المعاملات بين الناس، على أساس المصفاة الإسلامية الملتزمة البعيدة عن الهوى، وعن نزعة التبرير.

العرف: هو ما تعارفه الناس[1] كلهم أو أغلبهم في مجتمع ما، وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك. ويقسم العرف عدة أقسام في الفقه الإسلامي، فهناك: العرف العملي والعرف اللفظي:

والعرف العملي: أن يتعارف الناس على سلوك معين، كتعارف الناس على البيع بالمعاطاة، فيسلم البائع المبيع، ويسلم المشتري الثمن، دون أن يصدر منهما أي كلام.

والعرف اللفظي: أن يتعارف الناس على إعطاء كلمات مدلولا معينا ليس هو مدلولها اللغوي، مثل تعارف بعض البلاد العربية على إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، وعدم إطلاق لفظ اللحم على السمك.

- العرف الصحيح والعرف الفاسد:

والعرف الصحيح: أن يتعارف الناس على أشياء لا تخالف الشريعة، مثل تعارف الناس على أن المهر يقسم قسمين: مقدم عند العقد، ومؤخر لما بعد الزواج؛ ومثل تعارف الناس على أن ما يقدمه الخطيب في فترة الخطوبة يعتبر هدية لا يحسب من المهر.

والعرف الفاسد: ما تعارفه الناس مما يخالف نصوص الشريعة أو قواعدها، مثل تعارف الناس على استعمال العقود الربوية، وتعارف الناس على التدخين، أو على شرب المسكرات.

- العرف العام والعرف الخاص:

العرف العام: ما يشترك فيه الناس على اختلاف أزمانهم وبيئاتهم.

والعرف الخاص: ما كان خاصا بمكان، أو زمان محدد، أو حرفة،

١- الإجماع يختلف عن العرف بأنه اتفاق العلماء من الأمة، و ليس مجرد الناس.

كالخياطين والبنائين مثلا.

أغلب الفقه أخذ بالعرف؛ فالإمام مالك أخذ بالعرف على نطاق واسع، فعمل أهل المدينة، مثلا، أصل أساسي في مذهب مالك، وهو قائم على ما تعارفه الناس في مدينة الرسول بعد الإسلام. والمالكية المتأخرون توسعوا أكثر في العرف، فظهر عندهم ما يسمى بالعمل المطلق، بمعنى العرف العام، كما ظهر العمل الخاص بمنطقة أو مدينة كالعمل الرباطي، والعمل الفاسي، والعمل السوسي.

والإمام الشافعي أخذ بالعرف، وبأثر العرف أصبح لهذا الإمام مذهبان مذهب لما كان ببغداد، وسمي بالقديم، ومذهب لما رحل إلى مصر، وسمي بالجديد.

والإمام أبو حنيفة أخذ بالعرف، وربما كان الحنفية أكثر الفقهاء توسعا في العرف؛ وذلك لأنهم قالوا: إن العرف العام يقدم على القياس، وقد فعلوا هذا في عقد الاستصناع، فالقياس في هذا العقد: أن يمنع؛ لأنه عقد يرد على شيء لم يوجد بعد، والرسول ﷺ يقول: « لا تبع ما ليس عندك»[1]، ولكن جريان العرف به حمل الحنفية على القول بجوازه، ما دام تعارف الناس على أمر ينبئ عن أن هذا الأمر يحقق مصالح الناس، ويلبي حاجاتهم[2].

ويستند الأخذ بالعرف إلى أثر لعبد الله بن مسعود يقول فيه: « ما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، وما رأوا سيئا فهو عند الله سيء»[3].

إن الأعراف في مجال العقود الجديدة الآن ليست ناشئة عن تحسين المسلمين كرأي عام إسلامي، بل هي ناشئة عن وجود فراغ في الحياة الإسلامية، ملأته المدنية الغربية عن طريق الاستعمار؛ فالرؤية الإسلامية بالتحسين كأساس للعرف لا تتوفر في مثل هذه العقود، إلا أن ارتباط مصالح

١-سنن أبي داود، رقم: ٣٥٠٣.

٢- علم أصول الفقه: ص ٣٩، والأصول العامة للفقه المقارن: ص ٤١٩.

٣- مسند الإمام أحمد: ج ١ص ٣٧٩.

الناس بهذه العقود وتعارفهم على استعمالها، ولو أنه غير مشروع من وجهه نظر الإسلام، يفرض الالتفات نحو هذه العقود، لا لأخذها كما هي، وإنما لتصفيتها من شوائب المدنية الجاهلية حتى تلبي هذه العقود حاجات التعامل في المجتمع المسلم، الذي يعترف بالألوهية لله وحده.

يقول محمد أبو زهرة عن وضعية العقود الجديدة بمصر: « إن كل العقود التي يقرها عرفنا الحاضر، كشركات المساهمة وغيرها، مما أوجده التعامل في العصر الحاضر، هي عقود شرعية، يقرها فقه أبي حنيفة، ما دامت لم تخالف نصا في الشرع، ويكون هذا من تقرير حرية التعاقد»[1].

وأخيرا، فإن العقود الجديدة، وخاصة المعاملات التجارية، يمكن أن تكون مصدر ثراء للفقه الإسلامي في مجال العقود، إذا أحسن تخليصها من معطيات المدنية الغربية، التي تجعل من الربح المادي أهم دوافع النشاط الاقتصادي وأهدافه، بدلا من تحقيق الخلافة عن الله في الأرض، وتحقيق إنسانية الإنسان، وكفاية حاجاته، في جو من التناسق الاجتماعي العام.

١- الملكية ونظرية العقد، ص ٢٦٧.



الباب الأول

عناصر العقد

الفصل الأول: العاقدان

يتكون العقد من عناصر أربعة هي: العاقدان، والمعقود عليه أو المحل، والتراضي بين العاقدين، وأخيرا سبب العقد أو الباعث عليه، ونعقد لكل عنصر فصلا، ونبدأ بالعاقدين.

فالعاقدان هما طرفا العقد اللذان يتبادلان الإيجاب والقبول، حول موضوع معين، إلا أن تبادل الإيجاب والقبول ليكون فاعلا، يجب أن تتوافر لدى الموجب والقابل قدرة عقلية تمكنهما من الإدراك الكامل لمنافع ومضار ما يقبل عليه كل منهما من تعاقد، وهذا يتطلب كمال العقل المعبر عنه بالأهلية.

وإذن فالشرط الأول للمتعاقدين أن يكونا كاملي الأهلية، يستطيعان وضع الأمور في مواضعها السليمة؛ فإذا لم يكن المتعاقدان بهذه الصفة لم تكن لهما الصلاحية الكاملة للتعاقد، وأصبحا في حاجة إلى من يساعدهما في إجراء العقد، أو إلى من ينوب عنهما بالمرة، حسبما يعتري حالتهما من ضعف الكفاءة العقلية، أو فقدانها، وذلك حفظا لمصالحهم أولا، ولمصالح من وراءهم ثانيا. ونعالج الأهلية الكاملة أولا، ثم نعالج بعدها الحجر وأنواع المحجورين.

الفرع الأول: الأهلية الكاملة

ترتبط الأهلية في الشريعة الإسلامية بالذمة، ولذلك فقبل الحديث عن الأهلية وكمالها، لابد من الحديث عن الذمة وعلاقاتها بالأهلية، ويتم هذا في مبحثين:

المبحث الأول: الأهلية والذمة.

الأهلية هي صلاحية الشخص للحقوق والواجبات، إما على مستوى الإضافة، فيقال: فلان له حق، وفلان عليه واجب، وتسمى أهلية الوجوب، وإما على مستوى الممارسة كأن يقبض شخص ما وهب له من طرف آخر، وكأن يعقد عاقد بيعا أو كراء، فيسلم للمشتري المبيع، ويسلم للمكتري موضوع الكراء، وتسمى هذه الأخيرة بأهلية الأداء، أو أهلية الفعل.

فالأهلية إذن، هي الكفاءة لتعلق الحقوق والواجبات بالشخص، وهي كذلك الكفاءة لممارسة هذه الحقوق والواجبات.

وتقوم الأهلية، في البناء الفقهي الإسلامي، على صفة فطرية في الإنسان، تتصل بتكريم الله عز وجل له، كما تتصل بتحميل الله، عز وجل، للإنسان أن ينهض بأمانة الخلافة في الأرض: ﴿ إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ عَلَى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَٱلْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا ٱلْإِنسَٰنُ ﴾[1] تلك الصفة يسميها الفقه بالذمة، ويعرفها الفقهاء بأنها وصف شرعي يصير به الإنسان أهلا لما له، ولما عليه.

فالذمة، إذن، هي وعاء الأهلية، ومن ثم فلا أهلية بدون ذمة، وإن كان وجود الذمة لا يستدعي بالضرورة وجود الأهلية كممارسة[2].

تبدأ الذمة بالحياة، وتظل -بعد الوفاة- موجودة بالنسبة للمعاملات المالية المتعلقة بالحياة الدنيا إلى ما بعد تصفية حقوق التركة وواجباتها، فوفاة الإنسان لا تقضي على ذمته، فتظل له، بعد الوفاة، حقوق التجهيز والتكفين، وأداء الديون، بل يمكن أن تضاف إلى التركة عناصر جديدة إيجابية أو سلبية، أنجز المتوفى أسبابها في حياته، فمن ينصب شباكا للصيد، ويتوفى قبل أن يتم تحصيل الصيد، يصبح الصيد مالا جديدا

١-الأحزاب: ٧٢.

٢-الفروق: ج ٣ ص ٢٢٦، وج٢ ص ١٣٣، وأصول الفقه للسرخسي: ج٢ ص ٣٣٣، وعلم أصول الفقه، ص ١٣٦.

مضافا إلى التركة، ومن يحفر حفرة في الطريق العام، وبعد وفاته يسقط فيها إنسان أو حيوان فالتركة تصبح مسؤولة عن دية الإنسان، وقيمة الحيوان، وما ذلك إلا دليل على استمرار الذمة بعد الوفاة حتى تتم تصفية الحقوق والواجبات.

أما بالنسبة لحقوق الله، أو لحقوق العباد التي لم تصف في الحياة الدنيا فالذمة حيالها تظل موجودة قابلة للمساءلة إلى نهاية الحساب، والتوصل بالجزاء الأبدي، قال الرسول ﷺ: « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضي عنه»[1]، وقال أيضا لسعد بن الأطول لما توفي أخوه، وترك ثلاث مائة درهم، فأراد سعد أن ينفقها على عيال أخيه، قال الرسول ﷺ لسعد: « إن أخاك محتبس بدينه، فاقض عنه »[2]، وقال أيضا: «لتؤدن الحقوق إلى أهلها يوم القيامة»[3].

إن أهلية الوجوب توجد مع الذمة، بينما أهلية الأداء أو الفعل تتباعد أحيانا عن الذمة، وبالتالي عن أهلية الوجوب، فلا توجد أهلية الأداء كاملة إلا عند البالغ الرشيد، وهي تنعدم أو تصاب بالنقصان عند غيره، كالصغير والسفيه، كما سنرى.

المبحث الثاني: كمال الأهلية

أهلية الممارسة في العقود ترتبط بالعقل، فبهذا يمكن للمتعاقد أن ينجز تصرفاته في وضع سليم، إلا أن العقل أمر معنوي لا يمكن قياسه، ولذلك استدل على وجوده وعلى مدى نضجه بمظاهر مادية مشاهدة، سميت علامات البلوغ، وعلامات الرشد.

يستدل على البلوغ في الجنسين بإحدى ثلاث علامات، هي:

الاحتلام، والإنبات، والسن، إضافة إلى علامتين خاصتين بالمرأة وهما

١-سنن ابن ماجة، رقم: ٢٤١٣.

٢- سنن ابن ماجة، رقم: ٢٤٣٣.

٣- صحيح مسلم، رقم: ٥٨٢.

الحيض، والحمل[1].

أما الرشد فيستدل على وجوده بعلامتين عند الشافعية والظاهرية، وبعلامة واحدة لدى باقي الأئمة.

فسر الإمام الشافعي وابن حزم الظاهري الرشد بأنه الصلاح في الدين، بحيث لا يكون الشخص فاسقا يخرج عن حدود الله في سلوكه، فيشرب الخمر مثلا، وبأنه إصلاح المال عند التصرف فيه بالبيع والشراء، أو عند الإنفاق؛ وذلك لأن الذي لا يوثق به في دينه لا يوثق به فيما يخص التصرف بالمال.

إن هذا التأكيد على الرشد لا يعني: أن الرشد ينفصل، حتما، عن البلوغ، فالشخص قد يبلغ رشيدا، وعند هذا تتوحد بداية البلوغ والرشد، فتكون سن الرشد هي سن البلوغ، وهذه الوحدة هي القاعدة في الشخص الذي بلغ وقد علم رشده، أو بلغ وكان مجهول الحال، لم يعرف برشد ولا سفه[2].

جاء في المدونة: « قال مالك: إذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء، وليس للوالد أن يمنعه، قال ابن القاسم: إلا أن يخاف من ناحيته سفها، فله أن يمنعه »[3].

غير أن بعض المدونات الحديثة للأحوال الشخصية بالبلاد العربية كمصر والمغرب قد فصلت بين البلوغ والرشد، وألغت البلوغ من حسابها كموعد للرشد، أو على الأقل كموعد للاقتناع بوجود الرشد، أو انعدامه، وجعلت الفارق بين الصغر والرشد هو الوصول إلى سن الحادية والعشرين، وإن تم البلوغ قبل ذلك في الخامسة عشرة، وهكذا نص الفصل (١٣٧) من مدونة أ – ش – م: « يعتبر محجورا للصغر من لم يبلغ سن الرشد.

١- المغني ج ٤، ص ٥٠٨، والخرشي: ج٥، ص ٢٩١.

٢- مواهب الجليل والتاج والإكليل: ج ٥، ص ٦٤.

٣- المدونة: ج ٢، ص ١٥٧.

سن الرشد القانوني إحدى وعشرون سنة شمسية كاملة »[1]. وبهذا يكون الرشيد، أو كامل الأهلية، هو من بلغ الحادية والعشرين من عمره، عاقلا، غير سفيه، وليس هو من بلغ وأونس منه الرشد عن طريق الاختبار، هكذا حدده الفصل (١٣٣)، من مدونة الأحوال بالمغرب: « كل شخص بلغ سن الرشد، متمتعا بقواه العقلية، ولم يثبت سفهه، يكون كامل الأهلية، لمباشرة حقوقه المدنية».

الفرع الثاني: الحجر وأنواع المحجورين

الحجر هو منع الشخص من التصرف، سواء أكان التصرف يتم بإرادتين، كالهبة والنكاح، أم كان يتم بإرادة واحدة، كالوعد والالتزام، وسواء أكان التصرف يتصل بالمال كالبيع، أم لا، وذلك لحماية الضعفاء في الأمة من فاقدي الأهلية وناقصيها، كما في الحجر على الصغير والسفيه، أو لحماية مصالح الغير، كما في الحجر على المدين، والمريض مرض الموت، والمرتد.

الحجر ينبع، أساسا، من التكافل الاجتماعي، الذي يوجب على القادرين أن يعتنوا بالعجزة والضعفاء من المجتمع، كما يوجب على المجتمع، ممثلا في الدولة، أن يحمي مصالح الناس، ومصالح الدولة من المضارة.

لا يمس الحجر التصرفات الفعلية التي يلحق بها المحجور ضررا بالغير، فهذه يسأل عنها المحجور، ويتحمل مسؤوليتها في ماله إن كان له مال، فلو أن صبيا حين ميلاده سقط على مال غيره، فهذا الصبي يلزم بتعويض المال لمالكه، ولا يؤثر فقدانه للأهلية على مسؤوليته المدنية، أو مسؤولية الضمان.

ينقسم الحجر، من حيث مصدره، إلى نوعين: حجر تلقائي، مصدره أمر الشارع الحكيم مباشرة، كما في الحجر على الصغير والمجنون، وحجر

١-كان من رأي مقرر اللجنة الأستاذ علال الفاسي: أن يكون سن الرشد ١٨ سنة، كما هو المشهور عند المالكية. انظر: الأحوال الشخصية لعبود رشيد عبود، ص ٢٠٠.

قضائي مصدره القضاء، بما له من السلطة التي منحها إياه الشارع للتحقق من وجود مبررات الحجر وشروطه؛ كما في الحجر على السفيه والمدين.

كما ينقسم الحجر أيضا، باعتبار مداه، إلى نوعين: حجر كامل يمس كل تصرفات المحجور، كما في الحجر على الصغير غير المميز، والمجنون، وحجر جزئي يمس بعض التصرفات دون بعض كالحجر على الصغير المميز؛ فهذا يجوز تصرفه فيما هو نفع محض كقبول الهبة.

إن عدد المحجورين يختلف حسب المذاهب؛ فالمذهب الحنفي، مثلا، يرى أن الحجر لا يجوز إلا على الصغير والمجنون، بينما المالكية والشافعية والحنابلة –على اختلاف بينهم أيضا– يصلون بالمحجورين إلى ثمانية، فيحجرون –بالإضافة إلى الصغير والمجنون– على السفيه، والمدين، والمريض مرض الموت، والمرأة المتزوجة، والسكران، والمرتد[1]. وإذا كان معظم الحالات السابقة معلومة، فإننا نقول كلمة في السفيه والمرأة المتزوجة والمرتد.

المبحث الأول: السفيه

السفه لغة: الخفة، وتكون مادية في الأجسام، فيقال في الثوب الخفيف أو الشفاف: ثوب سفيه، كما تكون معنوية في النفس والعقل؛ حيث تصدر الأحكام والتصرفات بدون روية كافية: ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ ءَامِنُواْ كَمَآ ءَامَنَ ٱلنَّاسُ قَالُوٓاْ أَنُؤْمِنُ كَمَآ ءَامَنَ ٱلسُّفَهَآءُ أَلَآ إِنَّهُمْ هُمُ ٱلسُّفَهَآءُ وَلَٰكِن لَّا يَعْلَمُونَ﴾[2].

ويعني السفه شرعا: التبذير، والإسراف، والتغفل.

والتبذير: هو صرف المال فيما لا فائدة فيه، وفيما يعده العقلاء عبثا (ف: ١٤٤ من مدونة الأحوال المغربية)، كالإنفاق في الملاهي، والقمار، والفسق بعامة، مما يشمله نهي القرآن في هذه الآية: ﴿وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا ﴿٢٦﴾

١- المحلى: ج ٨، ص ٢٧٨، وبدائع الصنائع: ج ٧، ص ١٦٩، ومواهب الجليل: ج٥، ص ٥٧، والمبادئ الشرعية والقانونية: ص ٥٦، والأهلية المدنية: ص ٢٠.

٢-البقرة: ١٣. وانظر: معجم مفردات ألفاظ القرآن.

﴿ إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓا۟ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَٰطِينِ ۖ وَكَانَ ٱلشَّيْطَٰنُ لِرَبِّهِۦ كَفُورًا ﴾[1].

والإسراف: هو مجاوزة الحد المطلوب عند صرف المال فيما يجوز صرفه فيه، كالإسراف في إقامة المآدب والضيافات، وقد نهى القرآن عن الإسراف: ﴿ يَٰبَنِىٓ ءَادَمَ خُذُوا۟ زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُوا۟ وَٱشْرَبُوا۟ وَلَا تُسْرِفُوٓا۟ ۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلْمُسْرِفِينَ (٣١) قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ ۚ ﴾[2]، كما أن القرآن وصف المؤمنين بأنهم المعتدلون عند الإنفاق: ﴿ وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُوا۟ لَمْ يُسْرِفُوا۟ وَلَمْ يَقْتُرُوا۟ وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَوَامًا ﴾[3].

والتغفل: هو عدم الاهتداء إلى التصرفات الرابحة بسبب البساطة والبلاهة، بحيث يغبن الشخص المغفل في المعاملات بما لا يجوز التسامح بمثله عرفا، كأن يشتري بعشرين درهما ما قيمته عشرة دراهم، وكأن يبيع بنصف القيمة، فيكون تصرفه بهذا التغفل سببا في إضاعة المال، والرسول ﷺ قد نهى عن هذه الإضاعة «إن الله كره لكم ثلاثا: قيل، وقال، وإضاعة المال، وكثرة السؤال»[4].

هذا السفه بكل أنواعه، يوجب الحجر على السفيه لدى الأئمة مالك، والشافعي، وأحمد، ولدى صاحبي أبي حنيفة محمد بن الحسن الشيباني، وأبي يوسف، ولا يترتب عنه أي حجر لدى الإمام أبي حنيفة، والظاهرية[5].

يستدل القائلون بالحجر على السفيه بعدة أدلة منها:

أ – أن القرآن نص على عدم تمكين السفهاء من الأموال: ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟

١- الاسراء: ٢٦ – ٢٧.

٢- الأعراف: ٣١،٣٢.

٣- الفرقان: ٦٧.

٤- صحيح مسلم، رقم ١٧١٥. وانظر: الجامع لأحكام القرآن: ج٥ ص ٢٩، والنظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية: ص ٣٧٦، ونيل الأوطار: ج٥ ص ٢٧٨، وشرح المجلة لسليم رستم: ص ٩٤٥، وتبيين الحقائق: ج٥ ص١٩٢.

٥- المحلى: ج٨، ص ٢٣٧، والهداية: ج٣، ص ٢٨٣، والمغني: ج٤، ص ٥١٨.

ٱلسُّفَهَآءَ أَمۡوَٰلَكُمُ ٱلَّتِي جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمۡ قِيَٰمٗا وَٱرۡزُقُوهُمۡ فِيهَا وَٱكۡسُوهُمۡ وَقُولُواْ لَهُمۡ قَوۡلٗا مَّعۡرُوفٗا ﴾[1].

فالآية منعت أن يدفع لليتيم ماله وهو في حالة سفه، وإنما أن تستثمر هذه الأموال، وأن ينفق منها على مصالح السفيه في إطار من المعاملة الحسنة.

ب- أن القرآن نص على أن السفيه، أو الضعيف العقل من الصغار والمغفلين ينوب عنهم في الإشهاد بالحقوق أولياؤهم، وما ذاك إلا دليل على الحجر: ﴿ وَلۡيُمۡلِلِ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبۡخَسۡ مِنۡهُ شَيۡـٔٗاۚ فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ ﴾[2].

ج - روى الإمام الشافعي في مسنده عن عروة بن الزبير، قال: « ابتاع عبد الله بن جعفر بيعا، فقال علي: لآتين عثمان، فلأحجرن عليك، فأعلم ذلك ابن جعفر للزبير، فقال: أنا شريكك في بيعك، فأتى علي عثمان، فقال: احجر على هذا، فقال الزبير: أنا شريكه، فقال عثمان: أحجر على رجل شريكه الزبير؟»[3].

فعبد الله بن جعفر بن أبي طالب كان ينفق أمواله بكثرة في الضيافات، وقد اشترى من أجل ذلك دارا للضيافة بمائة ألف درهم، فوصل خبره إلى عمه علي بن أبي طالب، فرأى وجوب الحجر على عبد الله بن جعفر، وطلب من الخليفة عثمان أن يصدر قرار الحجر، ولكن عبد الله بن جعفر استعان بالزبير على الإفلات من قرار الحجر، وكان الزبير مشهورا بالكياسة وحسن التصرف في التجارات، فاشترك الأخير مع عبد الله بن جعفر فيما اشترى.

وقد علق الفقه على هذه الواقعة بالتعليق التالي: « هذه واقعة يشتهر مثلها

١- النساء: ٥.

٢- البقرة: ٢٨٢.

٣- الأم: ج ٤، ص ٤٧٠؛ وكان الزبير تاجرا كبيرا ناجحا في تجارته.

ولم يخالفها أحد،... فتكون إجماعا»[1].

أما أبو حنيفة فيرى أن الحجر على الحر هو إهدار لآدميته من أجل حفظ المال؛ والحرية، كمظهر من مظاهر كرامة الإنسان، مقدمة على المال، وهو يحمل نصوص السفه على الصغير والمجنون[2].

إن الحجر على السفيه يحتاج لحكم الحاكم، ويجب أن يتصل بالحكم الإشهار؛ حتى يكون المتعاملون مع السفيه على بينة من أمره؛ ولذلك فالتصرف الذي يصدر من السفيه قبل قرار الحجر يعتبر صحيحا، جاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ٩٩١): «تصرفات السفيه القولية التي تتعلق بالمعاملات، إذا وقعت بعد الحجر، لا تصح، ولكن تصرفاته قبل الحجر كتصرفات سائر الناس». كما جاء في مدونة الأحوال بالمغرب: «المجنون والسفيه يحجر عليهما القاضي من وقت ثبوت حالتهما» (ف: ١٤٥)، «تصرفات المجنون والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون والسفه»(ف: ١٤٦).

إلا أن المختلف فيه بين المالكية والمجيزين للحجر من الحنفية هو مدى تأثير قرار الحجر على أهلية المحجور باسم السفه:

- فالمالكية يرون: أن أهلية السفيه المحجور تصبح كأهلية الصغير المميز، فتصح منه التصرفات النافعة نفعا محضا، كقبول الهبة والهدية، وتمنع منه التصرفات الضارة ضررا محضا، كالهبة والوقف لمصلحة الغير، وتتوقف التصرفات الدائرة بين النفع والضرر على إجازة الولي، وهو هنا القاضي، ولا فرق في هذا بين التصرفات المتعلقة بالمال، والتصرفات الأخرى كالنكاح والخلع.

- والحنفية يرون[3]: أن الحجر لا يمس التصرفات التي تتعلق بغير المال،

١- المغني، ج ٤، ص ٥١٩.

٢- تبيين الحقائق: ج٥، ص ١٩٤، والمحلى: ج٨، ص ٢٨٧.

٣- الهداية: ج٣، ص ٢٨٣.

كالنكاح والطلاق، فهذه يحتفظ فيها السفيه بأهليته الكاملة، وإذا كانت التصرفات مزدوجة كالنكاح على صداق مسمى، كان للحجر أثره في مبلغ الصداق، فيرد الصداق المسمى، إذا كان كثيرا، إلى صداق المثل، بمعنى أن يمارس الحجر، فقط، فيما زاد على المثل.

ويلحق بالنكاح الوصية، فهذه تصح من السفيه؛ لأنه لا خطر من الوصية على حقوق الغير من الدائنين مثلا، ما دامت الوصية لا تزاحم الديون في الأداء[1].

المبحث الثاني: المرأة المتزوجة

بصفة عامة المرأة والرجل سواء من حيث الحقوق والواجبات إزاء الشريعة الإسلامية، فمع مراعاة متطلبات التخصص النوعي لكل من المرأة والرجل، ومع مراعاة مقومات العدالة الحقيقية نجد نصوص الشريعة لا تفرق في خطابها بين المرأة والرجل؛ ففيما يتصل بالعمل والجزاء نجد هذا الخطاب الموحد:

- ﴿ أَنِّي لَآ أُضِيعُ عَمَلَ عَٰمِلٖ مِّنكُم مِّن ذَكَرٍ أَوۡ أُنثَىٰۖ بَعۡضُكُم مِّنۢ بَعۡضٖۖ ﴾[2].
- ﴿وَمَن يَعۡمَلۡ مِنَ ٱلصَّٰلِحَٰتِ مِن ذَكَرٍ أَوۡ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤۡمِنٞ فَأُوْلَٰٓئِكَ يَدۡخُلُونَ ٱلۡجَنَّةَ وَلَا يُظۡلَمُونَ نَقِيرٗا ﴾[3]وغيرها...

فالجزاء الدنيوي والأخروي يستحقه كل من الرجل والمرأة بمقياس واحد، هو الإيمان والعمل الصالح، وهذه مساواة بين الجنسين في الخطاب الإلهي.

وكذلك الأمر فيما يتصل بالأهلية، كأساس لهذا الخطاب الإلهي، في ممارسة أنشطة الحياة، بوصفها تعبيرا عن متطلبات الخلافة في الأرض،

١- بداية المجتهد: ج ٢، ص ٢١٢.

٢-آل عمران: ١٩٥.

٣-النساء: ١٢٤.

ومن ذلك كانت أهلية المرأة والرجل سواء، فإذا بلغت المرأة عاقلة، وأونس منها الرشد، كان لها أن تمارس كل التصرفات دون حاجة إلى رقابة أو إشراف أو مساعدة، فهذه الآية: ﴿ وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ ﴾[1]، تصدق على الذكر وعلى الأنثى بمقياس واحد.

إلا أن بعض المذاهب الفقهية أثارت خلافا حول أهلية المرأة فيما يتصل بنقاط أربعة، هي: الخروج من الحجر، وعقد النكاح، والتبرع، وعقد العمل، ونقول كلمة موجزة عن كل منها.

١- الخروج من الحجر:

القاعدة، كما سبق: أن المرأة كالرجل تخرج من الحجر بالبلوغ وإيناس الرشد، لدى أغلب المذاهب، قال ابن حزم الطاهري معبرا عن هذا الاتجاه: « فإذا بلغ الصبي، وأفاق المجنون، جاز أمرهما في مالهما، كغيرهما ولا فرق، سواء في هذا كله،... الذكر والأنثى، والبكر ذات الأب، وغير ذات الأب، وذات الزوج، والتي لا زوج لها»[2].

غير أن الإمام مالكا انفرد بالقول إن المرأة لا تخرج من الحجر إلا إذا تزوجت، ودخل بها زوجها، معللا ذلك بأن المرأة لا يؤنس منها الرشد إلا بالزواج، قال الإمام مالك: « ليس للبكر جواز في مالها حتى تدخل بيتها، ويعرف من حالها »[3].

ثم زاد المالكية، من بعد الإمام: أن المرأة لا تخرج من الحجر إلا إذا تزوجت، ومر عليها بعد الزواج مدة، اختلف في تقديرها بين سنة واحدة وسبع سنوات، ومرور سبع سنوات بعد الزواج هو القول المشهور في مذهب مالك، وهو المعمول به لدى المالكية.

ويرى ابن رشد (الحفيد): أن أقاويل المالكية لا سند لها لا من النص

١-النساء: ٦.

٢- المحلى: ج ٨، ص ٢٧٩.

٣- الموطأ برواية يحيى: ص ٥٢٥.

ولا من القياس.[1]

٢- عقد النكاح:

رضا المرأة في الزواج أمر ضروري، فالرسول ﷺ يقول: « لا تنكح البكر حتى تستأذن، ولا الثيب حتى تستأمر»[2]؛ وقد رفعت إلى رسول الله ﷺ قضية زوجت فيها امرأة، من طرف أبيها، بدون رضاها، فألغى الرسول هذا النكاح؛ قال القاسم بن محمد: « إن امرأة من ولد جعفر تخوفت أن يزوجها وليها وهي كارهة، فأرسلت إلى شيخين من الأنصار، عبد الرحمن ومجمع ابني جارية، قالا: فلا تخشين، فإن خنساء بنت خدام أنكحها أبوها، وهي كارهة، فرد النبي ﷺ ذلك »[3].

لكن، بعد الإتفاق على ضرورة توفر الرضا، يطرح هذا التساؤل: هل تباشر المرأة العقد بنفسها، أم لابد من وجود ولي؟

- قال الإمام أبو حنيفة: يجوز للمرأة الرشيدة أن تعقد نكاحها؛ لأن الأصل عدم الحجر على العاقل البالغ مهما كان جنسه، ولأن الله عز وجل نسب العقد في عدة آيات إلى المرأة نفسها، وذاك دليل على أن للمرأة ولاية النكاح، فقد ورد في القرآن: ﴿ **فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ** ﴾[4]، ﴿ **وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوۡاْ بَيۡنَهُم بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ** ﴾[5].

وعلى هذا يكون دور الولي، الذي يستحب إحضاره، أن يقدم المشورة، وأن يساهم في الإشهار بالزواج، وأن يحافظ على توافق الأسرة في علاقتها مع الأسرة الجديدة.

١- مواهب الجليل وبهامشه التاج و الإكليل: ج ٥، ص ٦٨، وبداية المجتهد: ج ٢، ص ٢١١.

٢- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج ١٢، ص ٣٣٩.

٣- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج ١٢، ص ٣٤٠، وسنن الدارمي: ج٢، ص ١٣٩.

٤- البقرة: ٢٢٨.

٥- البقرة: ٢٣٠.

- وقال الأئمة الثلاثة: إن المرأة لا يجوز لها أن تباشر العقد بنفسها، سواء أكانت رشيدة أم سفيهة، بكرا أم ثيبا؛ لأن القرآن أضاف النكاح إلى الأولياء في عدة آيات أيضا، منها: ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ مِنكُمۡ ﴾[1]، ﴿ وَلَا تُنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤۡمِنُواْۚ ﴾[2]؛ وذلك دليل على عدم ولاية المرأة لمباشرة عقد النكاح، ولأن الرسول ﷺ ورد عنه ما يفيد أن حضور الولي في عقد النكاح أمر لا بد منه: « لا نكاح إلا بولي »[3]، « أيما امرأة نكحت، بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل »[4].

ويعلل الأئمة الثلاثة وجوب حضور الولي بأن النكاح عقد من الخطورة بالمكان، وليس هو من مستوى عقود البيع، أو الكراء، أو العمل؛ لأن للزواج آثارا على المتعاقدين لمدى الحياة، بالإضافة إلى آثار هذا العقد على الأسرة والعائلة، والعلاقات الاجتماعية الواسعة[5].

٣- تبرع المرأة المتزوجة:

يرى أبو حنيفة، والشافعي، وأحمد، وابن حزم الظاهري، والإمام البخاري: أن تبرع المرأة كتبرع الرجل، يصح ما دامت المتبرعة كاملة الأهلية، تتوفر على العقل، والبلوغ، والرشد، قال الإمام البخاري: «هبة المرأة لغير زوجها،... إذا كان لها زوج، فهو جائز، إذا لم تكن سفيهة، فإذا كانت سفيهة لم يجز»[6].

يستند هؤلاء الأئمة إلى عدة أدلة، منها:

أ - أن الرسول ﷺ خطب في النساء ذات يوم، فقال: « تصدقن»[7]، ولم

١- النور: ٣٢.

٢- البقرة: ٢٢١.

٣- سنن الدارمي: ج ٢، ص ١٣٧.

٤- سنن الدارمي: ج ٢، ص ١٣٧.

٥- الفروق: ج٣، ص ١٣٧، والملكية ونظرية العقد: ص ٣٣٩.

٦- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج ٥ ص ٢١٧.

٧-سنن الدارمي: ج١، ص ٣٧٧، وصحيح البخاري بشرح الفتح: ج٢ ص ٤٦٦.

يقيد ذلك لا بموافقة الزوج، ولا بمقدار معين.

ب – أن أم المؤمنين ميمونة بنت الحارث قالت للرسول ﷺ: أشعرت يا رسول الله، أني أعتقت وليدتي؟ فقال الرسول ﷺ: « أو فعلت؟ » قالت: نعم، قال: « أما إنك لو أعطيتها أخوالك كان أعظم لأجرك»[1]، فالرسول ﷺ أقر عطية ميمونة، ولم يجعلها موقوفة على إجازته ﷺ كزوج، كما لم يربطها بنسبة معينة لثروة المتبرعة أو المعتقة.

أما الإمام مالك فيرى أن المرأة المتزوجة لا يجوز لها التبرع، فيما زاد عن الثلث من مالها إلا بموافقة الزوج أو بإجازته. وأكثر من الإمام مالك حجرا على المرأة المتزوجة الليث بن سعد الذي يرى: أن المرأة المتزوجة لا يجوز لها التبرع بصفة مطلقة إلا بموافقة الزوج.

ويستند الإمام مالك في هذا الحكم إلى حديث أخرجه بعض أصحاب السنن، يقول فيه الرسول ﷺ: « لا يجوز لإمرأة عطية إلا بإذن زوجها»، وفي رواية: « لا يجوز للمرأة أمر في مالها، إذا ملك زوجها عصمتها»[2]؛ لقد حمل مالك الحديث على ما جاوز الثلث، وحمله الليث على الثلث وعلى ما جاوزه، ولم يأخذ باقي الأئمة بالحديث لضعفه لديهم، أو لأنهم رأوه واردًا في حسن العشرة[3].

٤– عقد العمل أو الإجارة:

عمل المرأة خارج المنزل يتصل بعدة حقوق مصدرها عقد الزواج؛ ولذلك اشترط بعض الفقهاء في عمل المرأة كأجيرة، على مستوى الوظيفة العمومية، أو على مستوى القطاع الخاص، أن يوافق الزوج على عملها[4].

١– صحيح البخاري بشرح الفتح: ج٥، ص ١١٨.

٢–سنن أبي داود: رقم ٣٥٤٦ – ٣٥٤٧ ؛ وهما صحيحان لدى الألباني.

٣–نيل الأوطار، ج ٦، ص ٢٢، وسبل السلام: ج ٣، ص ٥٦، وكتاب الكافي: ج٢، ص ٨٣٤.

٤– المبدع: ج٥، ص ٧٦، والمغني: ج٥، ص ٤٩٩، وحاشية الجمل: ج٣، ص ٥٣٩، ومغني المحتاج: ج٢، ص ٣٣٧.

المبحث الثالث: المرتد

الردة: هي الرجوع عن الشيء، قال الله عز وجل على لسان موسى لقومه: ﴿ يَٰقَوۡمِ ٱدۡخُلُواْ ٱلۡأَرۡضَ ٱلۡمُقَدَّسَةَ ٱلَّتِي كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمۡ وَلَا تَرۡتَدُّواْ عَلَىٰٓ أَدۡبَارِكُمۡ فَتَنقَلِبُواْ خَٰسِرِينَ ﴾[1].

والردة شرعا: هي الخروج من الإسلام، وهذا الخروج يتركب من ركنين: الركن المادي، وهو الخروج بالقول أو بالفعل أو بالامتناع. والركن المعنوي: وهو القصد إلى الخروج، أو القصد الجنائي، بلغة المصطلح.

فالخروج بالقول: أن يقول المسلم كلاما يقتضي إنكار ما علم من الدين بالضرورة، كإنكار وجود الله، ووحدانيته، وكالقول بقدم العالم، والقول باكتساب النبوة، وكالتجرؤ بسب النبي ﷺ[2].

والخروج بالفعل: أن يرتكب المسلم عملا يدل على الإنكار، أو الاستهزاء، أو المكابرة، كأن يشرب المسلم الخمر منكرا تحريمها في الإسلام، مع علمه بذلك، وكأن يقتل المسلم إنسانا آخر مستحيلا قتله، مع علمه بتحريم قتل النفس، وكأن يهين مسلم المصحف المجيد بمختلف أنواع الإهانات.

والخروج بالامتناع: أن يمتنع المسلم عن أداء الصلاة، أو الزكاة، أو الصوم، أو عن تطبيق أوامر الله ونواهيه عامة مع إنكاره لوجوبها. لقد قاتل الخليفة أبو بكر الصديق ما نعي الزكاة، واعتبرهم مرتدين.

أما القصد الجنائي فيتحقق إذا وجد من الشخص عند ممارسته للركن المادي قصد إجرامي يستهدف؛ بإصرار رفض ما أنزل الله، والكفر به في حالة من الوعي التام، ومجردا عن الإكراه[3].

إن الشريعة الإسلامية لا تكره أحدا على اعتناق الإسلام؛ فنصوص

١- المائدة: ٢١.

٢- انظر: بلوغ المرام، رقم الحديث: ١٠٣٠.

٣- مختصر خليل بشرح الخرشي: ج٨، ص ٦٢، والتشريع الجنائي الإسلامي: ج ٢ ص ٧٠٧ – ٧١٢.

القرآن تؤكد أن لا إكراه في الدين، وأن الإنسان له مشيئته الكاملة في الإيمان أو الكفر، بل إن القرآن لينكر على الرسول أن يخطر بباله أن يحمل الناس على الإسلام بالإكراه: ﴿ لَآ إِكۡرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ قَد تَّبَيَّنَ ٱلرُّشۡدُ مِنَ ٱلۡغَيِّۚ ﴾[1]، ﴿ وَقُلِ ٱلۡحَقُّ مِن رَّبِّكُمۡۖ فَمَن شَآءَ فَلۡيُؤۡمِن وَمَن شَآءَ فَلۡيَكۡفُرۡۚ ﴾[2]، ﴿ أَفَأَنتَ تُكۡرِهُ ٱلنَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُواْ مُؤۡمِنِينَ ﴾[3]؛ ولكن الشريعة بعد هذا لا تسمح بالتلاعب في العقيدة، بقصد الاعتداء على نظام المجتمع، وبهدف تحقيق الأهداف الكبرى لأعداء الإسلام، وهي أن يكون المجتمع المسلم مجتمعا منحلا يسوده الكفر، وتسوده الفوضى في العقيدة، وتسوده الانقسامات:

وفيما يخص الحجر، توقف أموال المرتد بمجرد ارتداده ويحجر على تصرفاته، سواء منها ما كان بالمعاوضة، أو ما كان بالتبرع؛ فإن تاب ظلت له ملكية أمواله، وصحت تصرفاته، وإن قتل أو مات عن الردة، بطلت تصرفاته، من حين الردة، وأصبحت أمواله من نفس التاريخ فيئًا للمسلمين، يتملكها بيت المال، أو الخزينة العامة.

إن هذا الموقف لا ينافي أن المرتد تظل له أهلية الاكتساب عن طريق التبرع، أو طريق العمل كالصيد والاحتطاب. إذن، فالحجر على المرتد يبدأ من حين الردة، فتكون تصرفاته موقوفة لحين تبين مصيره بالرجوع إلى الإسلام، فيبطل الحجر أو القتل على الردة، فيصبح الحجر نهائيا، وتبطل التصرفات.[4]

١- البقرة: ٢٥٦.

٢- الكهف: ٢٩.

٣- يونس: ٩٩.

٤- مغني المحتاج: ج٤ ص ١٣٧، والمغني: ج ٨ ص ١٢٨، والتشريع الجنائي الإسلامي: ج ٢ ص ٧٣٠.

الفصل الثاني: المعقود عليه

المعقود عليه، أو محل العقد هو الموضوع الذي يرد عليه العقد، ويجوز أن يكون هذا الموضوع عينا، كما في بيع دار، ويجوز أن يكون منفعة كما في كراء منزل، ويجوز أن يكون عملا كما في التعاقد مع صانع على خياطة ثوب، أو مع بناء من أجل بناء سور، وأخيرا قد يكون محل العقد عصمة بين شخصين كما في عقد النكاح.

ومهما يكن، فإنه، لكي يصح التعاقد بشأن موضوع، يجب أن تتوفر فيه صفات ثلاث هي:

١- أن يقبل الموضوع أثر العقد.

٢- أن يكون خاليا من الغَرَر.

٣- أن يكون خاليا من الربا.

ونعالج كل صفة من الثلاث في فرع مستقل.

الفرع الأول: قبول المعقود عليه لأثر العقد.

لابد أن يقبل الموضوع أن تنصب آثار العقد عليه، فيقبل انتقال الملكية فيه من شخص إلى آخر، بالمعاوضة أو التبرع، أو يقبل أن تجري عليه آثار عقد النكاح، بنشوء الحقوق والواجبات الزوجية؛ فإذا كان الموضوع لا يقبل آثار العقد، لم ينعقد العقد بشأنه، مثل المرأة المتزوجة، أو المرأة المعتدة، فلا يصح أن يرد بشأنها عقد الزواج، لأنها مشغولة الذمة بعقد آخر سابق.

ومثل أموال الوقف والملكية العامة لا يرد بشأنها عقد البيع، لأنها أموال على ملكية الله، عز وجل، وعلى ملكية المجتمع، لا تنتقل إلى الأفراد، وهذا لا يمنع بالطبع من أن يرد على أموال الوقف عقد الكراء؛ لأن هذا لا ينقل الملكية، إنما فقط يخول حق المنفعة.

الفرع الثاني: خلو المعقود من الغرر

عرف بعض الفقه الغرر بأنه ما تردد بين السلامة والعطب، وعرفه البعض الآخر بأنه ما وجد الشك في حصول أحد عوضيه، أو في المعقود عليه[1]، وبصفة عامة، فالغرر هو الاحتمال الذي يلف العقد في إحدى الجوانب التالية:

- في الانعقاد وعدمه، كمن يتعاقد مع آخر على كراء دار إن قدم فلان من السفر، فقد يقدم هذا الفلان، فيكون العقد، وقد لا يقدم الفلان، فلا يوجد العقد؛ ومثله ما كان معروفا لدى العرب أيام نزول الوحي ببيع العربون (بضم العين)، أو بيع العربان (بضم الأول) الذي نهى عنه الرسول ﷺ[2]، ومثاله: أن يتعاقد شخص مع آخر بشأن البيع أو الكراء، فيتفقان على تقديم مبلغ، يكون لدى البائع أو المكري، فإذا تم الشراء أو الكراء حسب المبلغ من ثمن البيع أو الكراء، وإذا يتم ذلك تملك البائع أو المكري المبلغ.

ومن هذا النوع أيضا، ما عرف لدى العرب ببيع حبل الحبلة (بفتح الأول والثاني فيهما) الذي أخرج بشأنه الإمام البخاري: « أن الرسول ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلة»[3]، وكان بيعا يتبايعه أهل الجاهلية، كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة، ثم تنتج التي في بطنها[4]، فهذا البيع المربوط انعقاده بأن تضع الناقة حملها، ثم يكبر هذا الحمل، ويحبل بدوره، هذا البيع محتمل للانعقاد عندما تظل الناقة حية، وتضع حملها أنثى، ثم تحمل هذه الأنثى؛ وأيضا محتمل لعدم الانعقاد، عندما تموت هذه الناقة قبل الولادة، أو عندما تضع ذكرا، أو عندما تضع أنثى عقيما مثلا.

- في وجود موضوع العقد كمن يبيع غلات حقله لسنوات مقبلة، وقد نهى

١- الموطأ بشرح الزرقاني: ج٣ ص ٣١٣.

٢- الموطأ بشرح الزرقاني: ج٣، ص ٢٥٠.

٣- جمع حابل مثل كاتب وكتبة وظالم وظلمة.

٤- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج٤، ص ٢٥٧. والجزور: تطلق على البعير، ذكرا أو أنثى.

الرسول ﷺ عن هذا البيع الذي سماه ببيع السنين، قال جابر بن عبد الله رضي الله عنه: « نهى النبي ﷺ عن بيع السنين»[1].

- في معرفة الموضوع بنوعه، ومقداره، وصفاته المميزة، كمن يبيع من الآخر شيئا، أو كمية من الحبوب غير معروفة الوزن، أو شاة من جملة قطيع.

- في إمكانية تسليم موضوع العقد للذي يكتسب الحق عليه بمقتضى العقد، كمن يبيع فرسا نافرا، لا مربض له، ويصعب الحصول عليه.

وأثر الغرر أن يدخل في العقد عنصر المخاطرة التي تؤدي إلى الربا، وإلى استغلال أحد المتعاقدين للآخر، فينعدم التوازن بين المتعاقدين فيما يخص مزايا العقد؛ ولذلك كان الغرر منهيا عنه، ومفسدا للعقود؛ قال أبو هريرة: «نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر»[2].

إلا أن بعض الفقه، وخاصة منه المالكي، قسم الغرر إلى نوعين: غرر كثير، يبطل العقود، وهو الذي يؤدي إلى النزاع بين الطرفين، وغرر بسيط أو يسير لا يثير أية منازعة، لقابليته الاستدراك، وهذا يتساهل بشأنه، فلا يؤثر على صحة العقود[3].

ورغم كثرة أنواع الغرر، فالفقه، استهدافا للتبسيط ولتحديد الضوابط، اشترط في موضوع العقد، ليكون خاليا من الغرر، أن تتوافر فيه الشروط الثلاثة التالية:

- أن يكون موجودا وقت التعاقد.
- أن يكون معلوما بما فيه الكفاية لمنع الخلاف.
- أن يكون بالإمكان تسليمه لمن يكتسب الحق عليه بالعقد.

١- سنن أبي داود رقم: ٣٣٧٤.

٢- سنن أبي داود، رقم: ٣٣٧٦.

٣- بداية المجتهد: ج٢، ص ١١١، ١٢٩، والقوانين الفقهية: ص ٢٢١، والمقدمات: ص ٥٥٠، والفقه الاسلامي لمحمد سلام مذكور: ص ٤٣١، ولمحمد يوسف موسى: ص ٣٥٨، والفروق: ج١، ص ١٥٠.

ونعالج الشروط الثلاثة في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أن يكون المعقود عليه موجودا

يشترط في موضوع العقد، إذا كان عينا، أن يكون موجودا وقت التعاقد، فلا يجوز عقد البيع على عين معدومة، أو لها خطر العدم؛ لأن عقد البيع يقتضي تسليم العين المبيعة إلى المشتري، والعين غير الموجودة لا يستطيع البائع تسليمها عندما يريد الوفاء بالعقد. قال حكيم بن حزام: « قلت: يا رسول الله، يأتيني الرجل، فيسألني عن البيع، ليس عندي ما أبيعه، ثم أبتاعه من السوق؟ فقال: لا تبع ما ليس عندك»[1].

أما إذا كان موضوع العقد منفعة، وهذه لا توجد إلا بالتدريج بعد العقد، فهذا الشرط –وجود الموضوع– لا يشترط عندئذ؛ لأنه من المتعذر، فقد أجاز الشارع عقد الإجارة كعقد يرد على منفعة الإنسان أو العمل الإنساني، رغم أنها تعاقد على معدوم، قال الرسول ﷺ: « ما بعث الله نبيا إلا رعى الغنم، فقال أصحابه: وأنت؟ فقال: نعم، كنت أرعاها على قراريط لأهل مكة»[2].

غير أن الشارع ورد عنه جواز العقد على المعدوم في بيع السلم، والسلم بيع مال موصوف في الذمة، بثمن معجل، قال ابن عباس: « قدم النبي ﷺ المدينة، وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث، فقال: من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم إلى أجل معلوم»[3]. وقال ابن أبي أوفى: « إنا كنا نسلف على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر، وعمر في الحنطة، والشعير، والزبيب، والتمر»[4]. وروي عن عدد من الصحابة: « كنا نصيب المغانم مع رسول الله ﷺ فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام، فنسلفهم في الحنطة والشعير،

١- سنن أبي داود، رقم: ٣٥٠٣.

٢- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج٤، ص ٤٤١.

٣- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج٤، ص ٤٢٩.

٤- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج٤، ص ٤٢٩.

والزيت إلى أجل مسمى»[1].

إن الشارع استثنى من منع بيع المعدوم جواز بيع السلم، وذلك مراعاة لحاجات الناس في الحصول على الأقوات، ولجريان العرف بذلك لدى العرب؛ لكنه شرط لجواز السلم شروطا تخفف من مصادر النزاع، كأن يكون السلم على أساس مادة موصوفة وصفا كافيا لمعرفتها من الطرفين، وأن يتفق على الأجل الذي تدفع فيه المادة موضوع العقد.

كما ألحق الفقه بالسلم عقد الاستصناع، وهو عقد مقاولة مع صاحب الصنعة، على أن يكون من الصانع العمل، والمادة التي يجري عليها العمل[2]، فموضوع العقد في الاستصناع هو الشيء المصنوع، وهذا معدوم وقت التعاقد، ولكن الفقه أجازه، تلبية لحاجات الناس، مع تخفيف مصادر النزاع أيضا، بشرط وصف الشيء المصنوع وصفا يزيل الاحتمال، ببيان النوع، والمقدار، والصفة: «يلزم في الاستصناع وصف المصنوع، وتعريفه على الوجه الموافق للمطلوب» (م: ٣٩٠ المجلة).

وإذن فالقاعدة في بيع الأعيان: أن يكون المعقود عليه موجودا وقت التعاقد، والاستثناء ألا يكون موجودا؛ كما في السلم والاستصناع، وقد أبيح هذا الاستثناء من لدن الشارع تخفيفا على الناس، واستحسانا بتعبير الحنفية.

هذا في العدم أو الوجود الكلي لموضوع العقد، أما في الوجود الجزئي للموضوع، حيث يوجد الشيء في أصله، ولكنه لم يبلغ أن يكون منتفعا به، كالثمار الموجودة في الأشجار قبل أن تصل حد النضج، أو حيث المزروعات التي تثمر بطونا متعاقبة كمزارع البطيخ، البعض في هذه المزارع يكون ناضجا صالحا للانتفاع به، والبعض الآخر يكون غير ناضج، وقد يكون لم يتخلق بعد، أما في هذا الموجود الجزئي فالأمر لا يبعد عن القاعدة الأصلية،

١- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج٤، ص ٣٣٤.

٢- الفرق بين السلم والاستصناع: أن السلم يقدم فيه الثمن، وقد يتحول الاستصناع إلى سلم إذا اشترط الصانع تقديم الأجرة.

قاعدة منع بيع المعدوم، ولنفصل القول في ذلك.

أ- ففي الثمار الموجودة قبل أن تصل حد النضج، نجد الرسول ﷺ ينصح المسلمين، للمرة الأولى، ألا يتعاقدوا على مثل هذه الأشياء، وأن ينتظروا حتى تمام النضج، قال زيد بن ثابت: « كان الناس في عهد رسول الله ﷺ يتبايعون الثمار، فإذا جذ[1] الناس، وحضر تقاضيهم، قال المبتاع: إنه أصاب الثمر الدمان[2]، أصابه مرض، أصابه قشام[3]: عاهات يحتجون بها، فقال رسول الله ﷺ لما كثرت عنده الخصومة: فأما لا، فلا تبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر، كالمشورة يشير بها عليهم، لكثرة خصومتهم»[4].

وبعد هذا، كان التحريم النهائي لبيع الثمار قبل بدو الصلاح منعا للنزاع وللاستغلال، روى عبد الله بن عمر: « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمشتري»[5]. وروي عن أنس بن مالك: «أن رسول الله ﷺ نهى أن تباع ثمرة النخل حتى تزهو يعني: حتى تحمر»[6]، وروي عن جابر بن عبد الله قال: «نهى النبي ﷺ أن تباع الثمرة حتى تشقح، فقيل: وما تشقح؟ قال: تحمار، وتصفار، ويوكل منها»[7]، وروي عن ابن عمر أيضا: « نهى النبي ﷺ عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة، نهى البائع والمشتري»[8]، وروي عن أنس أيضا: « أن النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد»[9].

وإذن: فالثمار والمزروعات لا تباع إلا إذا بدا صلاحها؛ بحيث أصبحت

١- جذ (بالذال المعجمة): قطع الثمار من الأشجار.

٢- الدمان (بفتح الأول وضمه وتخفيف الميم): فساد الثمر، وتعفنه، وسواده.

٣- القشام (بضم الأول وشين مخففة): مرض يصيب التمر باليبس.

٤- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج ٤، ص ٣٩٤.

٥- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج٤، ص ٣٩٤.

٦- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج٤، ص ٣٩٤.

٧- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج٤، ص ٣٩٤.

٨- سنن أبي داود، رقم: ٣٣٦٨.

٩- سنن أبي داود رقم: ٣٣٧١.

صالحة للانتفاع بها بالاستهلاك أو بغيره، وبحيث أصبحت مأمونة من الأمراض والعاهات.

ونتيجة هذا: إن الثمار، إذا بيعت قبل بدو الصلاح، وأصابتها الآفة، فإنها تفسد أو تضيع على ذمة البائع، ولا يتحمل المشتري أي عبء بشأنها، فعن أنس بن مالك: « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهى، فقيل له: وما تزهى؟ قال: حتى تحمر، فقال رسول الله ﷺ: أرأيت إذا منع الله الثمرة، بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟»[1].

ب- وفي المزروعات والأشجار التي تثمر بطونا متتابعة يكتفي المالكية بظهور الصلاح في البطن الأولى، ويعتبر ذلك دليلا كافيا على سلامة الثمار كلها عادة؛ قال ابن جزى: « إذا كانت الثمرة تطعم بطنا بعد بطن، جاز بيع سائر البطون ببدو صلاح الأول، إذا كانت متتابعة، كالمقاتيء والتين خلافا لهم»[2]، وقال ابن رشد (الحفيد): « وبدو الصلاح المعتبر، عند مالك، في الصنف الواحد من الثمر هو وجود الإزهاء في بعضه لا في كله، إذا لم يكن ذلك الإزهاء مبكرا في بعضه، تبكيرا يتراخى عنه البعض، بل إذا كان متتابعا؛ لأن الوقت الذي تنجو الثمرة فيه في الغالب من العاهات هو إذا بدا الطيب في الثمرة ابتداء متناسقا غير منقطع»[3].

وبالمقابل لا يجوز التعاقد على المعين المعدوم كالثمرة قبل وجودها، وبيع المعدوم باطل، فيبطل بيع ثمرة لم يبد صلاحها (م: ٢٠٥ المجلة). وهذا لدى الشافعية والحنفية؛ أما المالكية فيجيزون التعاقد على المعدوم على مستوى التبرعات؛ لأن المعدوم المتبرع به ليس فيه أية مقامرة على الموهوب له، فإن حصل على موضوع العقد أخذه، وإن لم يحصل عليه لم يخسر شيئا؛ وأكثر من المالكية في جواز التعاقد على المعدوم، وعلى مستوى التبرعات والمعاوضات معا. يرى الحنابلة: أن النهي الوارد في السنة ليس نهيا عن

١- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج٤، ص ٣٩٨.

٢- القوانين الفقهية: ص ٢٢٥.

٣- بداية المجتهد: ج٢، ص ١١٤.

بيع المعدوم لأنه معدوم، ولكنه نهي عما فيه من الغرر، قال ابن القيم: «ليس في كتاب الله، ولا في سنة رسول الله ﷺ ولا في كلام أحد الصحابة والتابعين، أن بيع المعدوم لا يجوز، لا بلفظ عام، ولا بمعنى عام، وإنما في السنة النهي عن بيع الأشياء التي هي معدومة، كما فيها النهي عن بعض الأشياء الموجودة، فليست العلة في المنع لا العدم، ولا الوجود، بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر، وهو ما لا يقدر على تسليمه، سواء كان موجودا أو معدوما، كبيع... البعير الشارد، وإن كان موجودا؛ إذ موجب البيع تسليم المبيع، فإذا كان البائع عاجزا عن تسليمه فهو غرر، ومخاطرة، وقمار،... وهكذا المعدوم الذي هو غرر، نهي عنه للغرر، لا للعدم، كما إذا باعه ما تحمل... هذه الشجرة، فالمبيع لا يعرف وجوده، ولا قدره ولا صفته، وهذا من الميسر الذي حرمه الله ورسوله.

ونظير هذا في الإجارة: أن يكريه دابة لا يقدر على تسليمها سواء كانت موجودة أو معدومة، وكذلك في النكاح إذا زوجه... ابنة لم تولد له، وكذلك سائر المعاوضات»[1].

المبحث الثاني: أن يكون المعقود عليه معلوما

وبعد الوجود، يجب أن يكون موضوع العقد معلوما بما يكفي لتحديده بصفة مانعة للنزاع بين أطراف العقد، وبما يكفي كذلك ليتبين كل من الطرفين مقدار ما يكسبه أو يخسره من خلال العقد؛ فإذا كان المعقود عليه عقارا فيجب أن يعرف موقعه وحدوده؛ وإذا كان منقولا –حيوانا مثلا– فيجب أن يعرف نوعه وصفته؛ وإذا كان ثوبا فيجب أن تعرف جودته وصفاته المميزة وهكذا؛ فلا يجوز التعاقد على بيع أو كراء أو هبة شيء دون تعيين، وكذلك لا يجوز التعاقد على مجهول المقدار والصفة.

ورد النهي عن عدة عقود كأمثلة تجسم حرص الشارع على منع التعاقد على المجهول، فبالإضافة إلى النهي عن بيوع الغرر بعامة، ورد النهي عن

١- إعلام الموقعين: ج٢ ص ٢٣، والقياس في الشرع الإسلامي: ص ٣٨.

بيوع معينة كانت مستعملة لدى العرب أيام نزول الوحي:

أ- بيع الصُبُرة:

«نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصبرة من التمر، لا يعلم مكيلتها، بالكيل المسمى من التمر»[1]، فالصبرة -وهي مقدار من الحبوب حاضر- لا يجوز بيعها بكيل معلوم، لأن الموضوع، وهو المبيع، مجهول المقدار كيلا أو وزنا، رغم الوجود، ورغم أن العوض الآخر معلوم المقدار.

ب- بيع الملامسة والمنابذة:

«نهى رسول الله ﷺ عن الملامسة والمنابذة»[2] قال الإمام مالك: والملامسة: أن يلمس الرجل الثوب، لا ينشره، ولا يتبين ما فيه، أو يبتاعه ليلا، ولا يعلم ما فيه. والمنابذة: أن ينبذ الرجل إلى الرجل ثوبه، وينبذ الآخر إليه ثوبه، على غير تأمل منهما، ويقول كل واحد منهما للآخر: هذا بهذا[3].

فبيع الملامسة والمنابذة -وهو نوع من المقايضة في الثياب- لا يجوز؛ لأن موضوع العقد مجهول النوعية والصفة والمقدار، رغم أنه موجود حاضر، والجهالة ذريعة إلى الربا.

ج- بيع المزابنة والمحاقلة:

« عن سعيد بن المسيب: أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة»[4].

والمزابنة يفسرها الإمام مالك تفسيرا واسعا يضم كل شيء من الجزاف (بكسر الجيم) مما لا يعلم كيله، ولا وزنه، ولا عدده، يشترى بشيء معلوم الكيل أو الوزن أو العدد، بينما يفسرها البعض بأنها اشتراء الثمر (بالمثلثة) بالتمر، (بالمثناة) والعنب بالزبيب.

١- صحيح مسلم،رقم: ١٥٣٠.

٢- الموطأ بشرح الزرقاني: ج٣، ص ٣١٥.

٣-الموطأ بشرح الزرقاني: ج٣، ص ٣١٥.

٤- الموطأ بشرح الزرقاني: ج٣، ص ٢٦٨.

والمحاقلة: اشتراء الزرع في الحقل بالحنطة كيلا.

فبيع المزابنة والمحاقلة لا يجوز، لأن أحد العوضين مجهول المقدار، وذلك يؤدي إلى فقدان التوازن في الأخذ والعطاء بين طرفي العقد[١].

د- بيع الحصاة:

« نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر»[٢]، ومن يبيع الحصاة: أن يقول البائع بعتك من هذه الأثواب، أو من هذه الأرض، ما تقع عليه الحصاة، ويرمي بالحصاة؛ فهذا النوع من البيع لا يجوز، لأنه غرر ومقامرة، يعتمد مجرد الحظ[٣].

هـ- بيع ضربة الغائص:

« نهى رسول الله ﷺ عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع، وعن بيع ما في ضروعها إلا بكيل... وعن شراء المغانم حتى تقسم... وعن ضربة الغائص»[٤].

فالغائص الذي يغوص على الجواهر والأحجار الكريمة إلى قاع البحر، لا يجوز له أن يبيع -مقدما- ما ينوي أن يستخرجه؛ لأن هذا قد يكون معدوما، وقد يكون قليلا، وقد يكون رديئا، فينعدم التوازن بين طرفي العقد في هذا النوع من المعاملة، كما ينعدم التوازن في بيع ما في بطون الأنعام قبل الميلاد وما إليها من المجهولات المحتملة.

قال الإمام مالك: لا ينبغي بيع الإناث واستثناء ما في بطونها، وذلك أن يقول الرجل للرجل: ثمن شاتي الغزيرة اللبن ثلاثة دنانير، فهي لك بدينارين، ولي ما في بطنها، فهذا مكروه، لأنه غرر ومخاطرة.

١- الموطأ بشرح الزرقاني: ج٣، ص ٢٦٩، وصحيح البخاري بشرح الفتح: ج٤ ص ٣٧٨، ونيل الأوطار: ج٥،ص ١٩٨.

٢- صحيح مسلم، رقم: ١٥١٣.

٣- نيل الأوطار: ج٥ ص ١٦٦.

٤- سنن ابن ماجة، رقم: ٢١٩٦، ومسند أحمد: ج٣، ص ٤٢.

ولا يحل بيع الزيتون بالزيت...؛ لأن المزابنة تدخله، ولأن الذي يشتري الحب وما أشبهه بشيء مسمى مما يخرج منه لا يدري أيخرج منه أقل من ذلك أو أكثر، فهذا مكروه، لأنه غرر ومخاطرة[1].

انطلاقا من هذه الأمثلة اشترط في عقد البيع أن يكون المبيع معلوما لدى المشتري (م: ٢٠٠ المجلة)، وأن يكون الثمن كذلك معلوما لدى البائع (م: ٢٣٨ المجلة).

واشترط في عقد الإجارة أن يكون الشيء المأجور معينا، فلا تنعقد الإجارة على أحد الحانوتين دون تعيين، ودون تخيير للمستأجر في وضع اليد على أحدهما، (م: ٤٤٩ المجلة)، وأيضا أن تكون المنفعة نفسها معلومة؛ إما ببيان المدة في كراء الأراضي والدور، وإما بتعيين الأثقال والمسافة في كراء الناقلات والدواب، وإما ببيان نوع العمل في التعاقد على عمل الإنسان كبناء دار، أو صباغة جدار معين (م: ٤٥١-٤٥٥ المجلة) كما يشترط في عقد الإجارة أن تكون الأجرة معلومة (م: ٤٥٠ المجلة).

واشترط في عقد الحوالة أن يكون الدين المحال به معلوم المقدار، فلا تجوز الحوالة بدين مجهول، كأن يقول المحال عليه: قبلت بأداء ما ثبت عليك لفلان (م: ٦٨٨ المجلة).

واشترط في عقد الإعارة -لدى البعض- أن يكون الشيء المستعار معلوما، فلا يصح أعرتك إحدى السيارتين بدون تعيين، وبدون تخيير للمستعير أن يأخذ إحداهما (م: ٨١٠ المجلة).

وعند البعض أيضا اشترط التعيين في موضوع عقد الهبة، وإن كان المالكية يجيزون أن يكون موضوع التبرع غير معلوم (م: ٨٥٨ المجلة).

إن تعيين موضوع العقد يتم بإحدى وسيلتين:

- الإشارة إليه إذا كان حاضرا، فيقول البائع مثلا، بعتك هذه الدار،

١- الموطأ بشرح الزرقاني: ج٣، ص ٣١٤.

أو هذه الشاة. ويرى المالكية: أنه لا يعدل عن الإشارة والرؤية إلا إذا كان في الرؤية مشقة لا حاجة للمتعاقدين بتحملها، فعندئذ يكتفي بالصفة، وحتى في هذه الحالة لابد من معرفة نماذج من المعقود عليه[1]. قال ابن وهب، من كبار المالكية: «بلغني أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغيب كله، من كل شيء يديره الناس بينهم»[2].

- إذا كان المعقود عليه غائبا فإنه يعين بصفته، ويكتفي عن الإشارة والرؤية بالصفة، رفعا للحرج؛ لكن إذا وجد الموضوع، عند الرؤية، كما وصف في العقد، صار العقد نهائيا، وإن وجد مخالفا للوصف كان للطرف المتضرر الخيار في إمضاء العقد وفسخه، قال الرسول ﷺ: « من اشترى ما لم يره، فهو بالخيار إذا رآه »[3].

ومن التعاقد الجائز على الصفة، لدى المالكية، ما يسمونه البيع على البرنامج، وهو بيع حمولات البغال، أو الإبل، أو الناقلات بناء على وصفها المكتوب في ورقة تعد للتعريف بالسلعة، ببيان النوع، والعدد، والأوصاف المميزة[4].

إن التعاقد على المجهول لا يجوز، لأن الجهالة بموضوع العقد تسيء إلى رضا الطرفين، وإلى توازن المكاسب بين أطراف العقد؛ ولقد تساهل البعض في الجهالة اليسيرة التي يمكن تداركها، وخاصة في التبرعات؛ حيث لا يتحمل المتعاقد على جهل أي عبء لمصلحة الطرف الآخر[5].

١- مواهب الجليل: ج٤، ص ٢٨٥.

٢- المدونة: ج ٤، ص ٢٠٦.

٣-المبدع في شرح المقنع: ج ٤، ص ٢٥.

٤-المقدمات، ص ٥٥١، والموطأ بشرح الزرقاني: ج٣،ص ٣١٥، والمدونة: ج٤ ص ٢١١.

٥-انظر: نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثالث: أن يكون المعقود عليه مقدور التسليم

ويشترط في المعقود عليه ألا يكون فيه مخاطرة لحد أن المتعاقد لا يستطيع أن يسلمه –وقت التعاقد– إلى الطرف الآخر، وفي هذا الإطار ورد هذا النهي: «لا تشتروا السمك في الماء، فإنه غرر»[1]. فمن يريد أن يبيع السمك فيجب أن يكون السمك تحت حوزته مباشرة، أو في برك الماء الصغيرة الخاصة، أما إذا كان السمك في البحر أو في النهر فإنه لا يجوز بيعه؛ لأن البائع غير متيقن من الحصول على السمك، فتكون المقامرة.

وفي هذا الإطار كذلك نهى الرسول ﷺ عن بيع السلع قبل قبضها؛ لأن البائع غير متيقن من الحصول على السلعة من بائعها الأول، قال حكيم بن حزام:» قلت: يا رسول الله، إني أشتري بيوعا، فما يحل لي منها، وما يحرم علي؟ قال: إذا اشتريت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه»[2]. كما ورد النهي بخاصة عن بيع الطعام قبل قبضه، رغم شدة حاجة الناس إلى الطعام، قال الرسول ﷺ: « من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه»[3].

ويصور الإمام مالك مدى المقامرة والميسر التي تنتج عن بيع ما لا يقدر البائع وقت التعاقد على تسليمه إلى المشتري، قال: « ومن الغرر والمخاطرة: أن يعمد الرجل قد ضلت دابته... وثمن الشيء من ذلك: خمسون دينارا، فيقول رجل: أنا آخذه منك بعشرين دينارا، فإن وجده المبتاع ذهب من البائع ثلاثون دينارا، وإن لم يجده ذهب البائع من المبتاع بعشرين دينارا»[4].

١- مسند أحمد، ج١، ص ٣٨٨.

٢- نيل الأوطار، ج٥، ص ١٧٨.

٣- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج٤، ص ٣٤٩.

٤- الموطأ بشرح الزرقاني: ج٣، ص ٣١٣.

الفصل الثالث: التراضي بين العاقدين

في تراضي العاقدين توجد حالتان: حالة كمال الرضا بوجوده صحيحا سليما من الشوائب، وحالة وجود الرضا مشوبا بأمراض الإرادة أو عيوبها. ونقول كلمة عن الحالتين في فرعين مستقلين:

الفرع الأول: حالة وجود الرضا صحيحا

الرضا هو الإرادة القاصدة إلى الفعل أو القول، والمرتاحة بعد ذلك للإنجاز، وهذا الرضا –في العقد– يكون عن طريق حوار إرادة مع إرادة مقابلة، بواسطة الإيجاب والقبول، المعبر عنهما بصيغ متعددة، كاللفظ والإشارة والمراسلة وما إليها؛ غير أن هذه الصيغ كمظهر خارجي قد تتطابق مع الرضا كحالة باطنية، وعندئذ تتوحد النية وتعبيرها الخارجي، وقد تختلف معها، فيكون مظهر الإرادة لا يعبر بالضبط عما في النفس، بل وقد يعاكس هذا التعبير النية كما في حالة الخطأ، أو سبق اللسان؛ لذلك نقسم هذا الفرع إلا ثلاث مباحث؛ نعالج في الأول منها أركان الرضا من الإيجاب والقبول وتطابقهما، ونعالج في الثاني صيغ الإيجاب والقبول، ثم نعالج في الثالث والأخير علاقة النية بتعبيرها الخارجي في الصور الشائعة لهذه العلاقة.

المبحث الأول: أركان الرضا

يتكون الرضا من عناصر ثلاثة هي الإيجاب، والقبول، والتطابق بينهما.

أ– الإيجاب هو أول تعبير عن الرغبة في التعاقد، يصدر من أحد الطرفين، يوجهها إلى الطرف الآخر.

هناك الإيجاب قبل تلاقيه بالقبول، يكون إراة منفردة، وهي ملزمة عند المالكية؛ لأن حق الغير يتعلق بها؛ ولذلك فلا يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه؛ قال ابن رشد (الجد): « والذي يأتي على المذهب: أن من أوجب البيع من المتبايعين لصاحبه لزمه، إن أجابه صاحبه في المجلس بالقبول،

ولم يكن له أن يرجع عنه قبل ذلك»[1].

وقال أبو عبد الله الحطاب: «لو رجع أحد المتبايعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه الآخر، لم يفده رجوعه، إذا أجابه صاحبه بعد بالقبول»[2].

وإذا كان الإيجاب ملزما لدى المالكية، فإنه لدى المذاهب الأخرى ليس ملزما، ويجوز الرجوع عنه، فيسقط قبل تلاقيه بالقبول، قال محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة: « إذا قال البائع: قد بعتك، فله أن يرجع، ما لم يقل الآخر: قد اشتريت»[3].

ب– أما القبول فيصدر، عند المالكية، إما فور الإيجاب، وإما بعد مدة من صدور الإيجاب، إلا أن هذه المدة الفاصلة يشترط لعدم تأثيرها على ارتباط الإيجاب بالقبول، ألا يحدث فيها ما يقتضي الإعراض عن التعاقد، بمعنى أن يظل المتعاقدان في تطاق ما يسمى بمجلس العقد.

ومجلس العقد يفسره المالكية على أنه الوحدة الزمنية التي يظل فيها المتعاقدان مشغولين بالتفاهم حول موضوع العقد؛ فإذا أنهيا التفاهم، أو تركاه، أو اشتغلا عنه بموضوع آخر، انتهى مجلس العقد، ولو ظل الطرفان بنفس المكان.

إن مجلس العقد فكرة وجدت لوضع حد للإرهاق الذي يمكن أن يصيب الطرفين أو أحدهما من جراء حقوق الطرف الآخر، فالموجب حر في إيجابه قبل صدوره، ولكنه – لدى المالكية – ملزم بإيجابه بعد صدوره عنه لمصلحة الطرف الآخر؛ إلا أن هذا الإلزام ينتهي بنهاية مجلس العقد، فإذا وجد القبول المطابق تم العقد، وإذا كان الرفض تخلص الموجب من إيجابه، وبحث عن مخاطب آخر.

وبالمثل وضعية القابل، فهو حر في القبول أو الرفض، لكن بعد القبول

١– المقدمات: ص ٥٦٧، والجامع لأحكام القرآن: ج٣، ص ٣٥٨.

٢– مواهب الجليل: ج٤، ص ٢١٤.

٣– موطأ مالك برواية الشيباني: رقم: ٧٨٥.

يصبح ملزما بما صدر عنه؛ لأن حق الموجب يتعلق به، ويبدأ هذا الإلزام من نهاية مجلس العقد، حيث يصبح العقد - عادة - ناجزا بصفة نهائية.

غير أن الشافعية والحنابلة يوسعون - أكثر - من فرصة التدبر لدى المتعاقدين، فلا يجعلون نهاية مجلس العقد كوحدة زمنية نهاية للتدبر، وبداية للإلزام بآثار العقد، إنما يربطون الآثار الملزمة للعقد بالتفرق البدني لأطراف العقد، بمعنى أنهم يعطون مجلس العقد بعدا ماديا يتصل بالمكان، فما دام المتعاقدان بنفس المكان إلا ولكل منهما الخيار في الالتزام أو الرد، وإن كانا قد أنهيا - منذ مدة - التفاهم حول العقد، إن هؤلاء يسمون فرصة التدبر هذه خيار المجلس.

إن منشأ هذا الخلاف بين المالكية والحنفية من جهة، والشافعية والحنابلة من جهة ثانية حول مدى الفرصة المتاحة لطرفي أو أطراف العقد في التدبر. إن منشأ هذا الخلاف هو الصيغ المتعددة التي ورد بها حديث خيار المجلس عن رسول الله ﷺ فهذه الصيغ منها ما يوحي بالتفرق البدني للطرفين، ومنها ما يوحي بالتفرق القولي وحده، قال الرسول ﷺ: «كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا، إلا بيع الخيار»، وقال عليه السلام: «البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه، ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار». وقال المعصوم عليه الصلاة والسلام: «إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعا، أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع»[1].

ولقد زاد من ترجيح التفسير المكاني لمجلس العقد: أن عبد الله بن عمر، وهو راوي حديث خيار المجلس بالعديد من صيغه، كان «إذا بايع رجلا،

١- صحيح الإمام مسلم: رقم: ٥٣١، موطأ مالك بشرح الزرقاني: ج٣، ص ٣٢٠. وانظر بداية المجتهد: ج٢، ص ١٢٨.

فأراد ألا يقيله، قام، فمشى هنيهة، ثم رجع إليه»[1]، تحقيقا لواقعة تفرق مجلس العقد، الذي هو أساس نهاية الخيار بين المتعاقدين. وراوي الحديث، كما يقول البعض، أدرى بمعناه، وخاصة إذا كان من كبار فقهاء الصحابة كعبد الله بن عمر.

ج- وبالإضافة إلى ما سبق يشترط في الإيجاب أن يطابق القبول، ويشرح أبو بكر الكاساني معنى التطابق: «أن يكون القبول موافقا للإيجاب، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع، وبما أوجبه، فإن خالفه، بأن قبل غير ما أوجبه، أو بعض ما أوجبه، أو بغير ما أوجبه، أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق»[2].

١- فيوجد التطابق إذا قال الموجب مثلا؛ بعتك هذا القلم بدرهم واحد، فأجاب القائل: اشتريته منك بذلك الدرهم، فالمشتري قد قبل ما أوجبه البائع، وبنفس الثمن الذي أوجبه البائع، وعند هذا يمكن القول إن الإيجاب والقبول تطابقا، وبالتالي نتج عن تطابقهما وجوب عقد البيع، فيتملك المشتري المبيع، ويمتلك البائع الثمن،كأثرين من آثار عقد البيع.

٢- ويوجب التخالف في الصور التالية:

أ- إذا قبل القابل غير ما أوجبه الموجب، كأن يقول البائع: بعتك داري هذه بعشرة ملايين، فيقول المشتري: اشتريت منك مزرعتك بعشرة ملايين.

ب- إذا قبل القابل بعض ما أوجبه الموجب، كأن يقول المكري: أكريتك هذه الدار بخمس مائة درهم، فيقول المكتري: اكتريت منك حجرة واحدة بما يناسبها من الثمن.

ج- إذا قبل القابل بعوض غير الذي أوجبه الموجب، كأن يقول البائع: بعتك داري بعشرة ملايين، فيجيب المشتري: اشتريت منك دارك بداري على سبيل المقايضة.

١- صحيح مسلم: رقم: ٥٣١.

٢- بدائع الصنائع، ج٥، ص ١٣٦.

د- إذا قبل القابل بعوض هو، فقط، جزء من الثمن الذي عرضه الموجب، كأن يقول البائع: بعتك هذه الدار بعشرة ملايين، فيجيب المشتري: اشتريتها بخمسة ملايين مثلا.

في هذه الصور الأربع لا يوجد تطابق بين الإيجاب والقبول ؛ لأن القبول إما غير الإيجاب بالمرة، وإما جزء منه، في المثمن، أو في الثمن؛ ولذلك فهذا القبول لا يعتبر قبولا شرعيا، وإنما يعتبر إيجابا جديدا، يحتاج، من أجل وجود العقد، إلى قبول مطابق من الطرف الآخر.

وإذن، فالإيجاب والقبول المتطابقان هما اللذان يوجدان العقد بآثاره المختلفة، حسب المجالات المتعددة لموضوع العقد؛ وسواء في ذالك كان المتعاقدان حاضرين، أو أحدهما غائبا، توصل بالإيجاب عن طريق الهاتف، أو الرسول، أو الخطاب المكتوب، إلا أن مجلس العقد، عند غيبة أحد الطرفين، هو اللحظة التي يصل فيها الإيجاب إلى علم الطرف الآخر، فيتخذ موقفه بالقبول أو بالرفض[1].

المبحث الثاني: صيغ الإيجاب والقبول

يعبر عن الإيجاب والقبول بعدة وسائل، هي: اللفظ، والكتابة، والرسالة، والإشارة، والمعاطاة، والسكوت، ونتناول هذه الوسائل بعد تقسيمها إلى صيغ صريحة، وصيغ ضمنية، وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: الصيغ الصريحة.

يضم هذا الصنف ثلاث وسائل للتعبير هي: اللفظ، والمكاتبة، والمراسلة.

أ- اللفظ: هو الوسيلة الطبيعية للتعبير عن الرضا في ممارسة الإيجاب والقبول.

ويرى المالكية أنه «ليس للإيجاب والقبول لفظ معين، وكل لفظ وإشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم به البيع، وسائر العقود، إلا أن في الألفاظ

١- شرح المجلة لسليم رستم: ص ٨٥، وتبيين الحقائق: ج٤، ص ٤.

ما هو صريح مثل بعتك بكذا، فيقول: قبلت، أو ابتعت منك، فيقول: بعت، فهذا يلزمهما، وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم البيع بها بمجردها، حتى يتنزل بها عرف، أو عادة، أو ما يدل على البيع»[1].

أما الحنفية فيفصلون بين الماضي والمضارع والأمر.[2]

ب- والمكاتبة يوجد بها العقد بين الموجب والقابل، وتقوم المكاتبة مقام المشافهة المباشرة بالكلام. نصت مجلة الأحكام العدلية: «الكتاب كالخطاب»(م: ٦٩)، «كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة، يكونان بالمكاتبة أيضا» (م: ١٧٣)، كما نصت نفس المجلة في الإجارة أن هذا العقد يمكن أن يتم عن طريق المكاتبة: «كما أن الإجارة تنعقد بالمشافهة كذلك تنعقد بالمكاتبة» (م: ٤٣٦).

يجوز التعاقد بالكتابة، ولو كان الطرفان قادرين على الكلام، إلا في عقد النكاح، فيجب الكلام للقادر عليه، ولا تكفي الكتابة؛ وذلك لأهمية هذا العقد في نظر الإسلام دينيا واجتماعيا؛ ولأن الكتابة تتضمن سرية بالمقارنة إلى المشافهة، والنكاح يطلب فيه الإعلان لقول الرسول ﷺ: «أعلنوا النكاح»[3].

ج- والمراسلة يتم بها العقد أيضا؛ و«الرسالة هي تبليغ الواحد كلام الآخر، بدون تدخل في التصرف» (م: ١٤٥٠ المجلة)؛ فالرسول هو مجرد ناقل للإيجاب نحو المخاطب به، مع نسبة مضمون الإيجاب إلى صاحبه، فإذا تكلم الرسول باسمه الخاص، كان وكيلا وليس رسولا، جاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ١٤٥٤): «الرسالة ليست من قبيل الوكالة، مثلا: لو أراد الصيرفي أن يقرض أحدا دراهم، فأرسل هذا خادمه، ليأتي بها،

١- مواهب الجليل: ج٤، ص ٢٣٠.

٢- بدائع الصنائع: ج٥، ص ١٣٣.

٣- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي: ص ٤٤٤، والالتزامات في الشرع الإسلامي، ص ٧٠، والمجموع: ج٩ ص ١٦٧.

كان الخادم رسول ذلك المستقرض، لا وكيله بالاستقراض». وبصفة عامة: فالرسالة تقوم بنفس الدور الذي تقوم به المشافهة.[1]

المطلب الثاني: الصيغ الضمنية

يضم هذا الصنف ثلاث صيغ كذلك، هي: الإشارة، والمعاطاة، والسكوت:

أ- الإشارة تقوم مقام الكلام للأخرس غير القادر على الكلام، فتجوز عقود الأخرس بالإشارة الدالة على المقصود في البيع، وفي النكاح، وفي غيرهما؛ بل قال المالكية: إن الإشارة الدالة يجوز بها العقد من الأخرس، ومن غير الأخرس[2].

غير أنه ما دامت الإشارة تستعمل للضرورة، فينبغي أن تظل كذلك دون توسع، فيطلب من القادر على الكلام أن يستعمل الوسيلة العادية للتعبير، ولا يسمح له بالإشارة، وهذا مذهب الحنفية، فقد نصت مجلة الأحكام العدلية (م: ٧٠): «إشارة الأخرس المعهودة كالبيان باللسان»، كما نصت أيضا (م: ١٧٤): «ينعقد البيع بالإشارة المعروفة للأخرس».

ب - والمعاطاة هي المناولة بين المتعاقدين في موضوع العقد وعوضه، بدون أي كلام من أي طرف، كما هو الحال في بيع تذاكر الحافلات، مثلا.

يعتبر المذهب المالكي: أن المعاطاة، كفعل يدل على الرضا، يتم بها وجود العقد مهما كان الموضوع؛ لأن للأفعال دلالة كافية في عرف الناس تماثل دلالة الكلمة على التراضي بين طرفي أو أطراف العقد.

وإذا كان الشافعي يمنع وجود العقد عن طريق المعاطاة، وإذا كان الحنفية يجيزونها في البسيط من الموضوعات، ويشترطون الوسائل الأخرى فيما له قيمة مهمة[3]؛ فإن أي مذهب من المذاهب لم يجز انعقاد النكاح بالمعاطاة،

١- الإجارة الواردة على عمل الإنسان: ص ٨٣.

٢- مواهب الجليل: ج٤، ص ٢٢٩، والمجموع، ج٩،ص: ١٧١.

٣- مواهب الجليل، ج٤، ص ٢٢٨.

فلابد في هذا العقد من اللفظ؛ لأن النكاح يشترط فيه الإشهاد، أما للانعقاد لدى الأئمة الثلاثة، وإما للدخول لدى مالك، والشهادة تحتاج للفظ يشهد عليه، بالإضافة إلى أن النكاح من العقود التي لها أهمية قصوى في حياة الإنسان. قال خليل بن إسحق في عقد البيع: « ينعقد البيع بما يدل على الرضا»[١]، وقال في عقد النكاح: « وركنه ولي، وصداق، ومحل، وصيغة: بأنكحت وزوجت»[٢].

ج – والسكوت الأصل فيه كما قال الإمام الشافعي: أنه « لا ينسب إلى ساكت قول»[٣]، فلو رأى صاحب مال شخصا يبيع ماله وسكت، لا يعتبر ذلك توكيلا، ولو رأى القاضي صبيا أو معتوها تحت الحجر يبيع ويشتري وسكت، لا يعتبر ذلك إذنا قضائيا بممارسة التجارة، ولو سئلت الثيب عند الزواج فسكتت، لا يعتبر سكوتها رضا بالزواج وبالزوج[٤]. و«سكوت المعير لا يعد قبولا، فلو طلب رجل من آخر إعارة شيء، فسكت صاحب ذلك الشيء، ثم أخذه المستعير، كان غاصبا» (م: ٨٠٥ المجلة).

إلا أن هذا الأصل له مستثنيات، أوصلها البعض إلى (٣٧) حالة يعتبر فيها السكوت بمثابة الكلام: مثل سكوت البكر عند مشاورتها فيما يخص من تقدم لخطبتها، ومثل سكوت الشفيع بعد علمه بالبيع، دون أن يطالب بالشفعة.

لقد عبرت مجلة الأحكام العدلية (م: ٦٧) عن الأصل ومستثنياته: « لا ينسب إلى ساكت قول، يعني: أنه لا يقال لساكت: إنه قال كذا، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان، يعني أن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان».

١- مختصر خليل بن إسحق: ص ١٦٨.

٢- مختصر خليل بن إسحق: ص ١١٣. وانظر الفروق: ج٣، ص ١٨١.

٣- الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ١٢٤.

٤- الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص ١٥٤.

إن السكوت يدل –بواسطة الظروف المحيطة– على القبول بمضمون الإيجاب، ولكنه إذا تجرد من دلالة الظروف لم يكن له أي دور في تكوين العقد.

المبحث الثالث: دور النية والصيغة في الإيجاب والقبول

كيف ينبغي أن تفهم صيغ الإيجاب والقبول، هل بما تدل عليه ألفاظها وصورها المادية، أم بما وراء الألفاظ والصور من النوايا المستكنة في النفوس؟

المبدأ الأساسي في الإسلام يبلوره هذا الحديث الذي يشترط لتصرفات الإنسان النية أولا، ثم التعبير عنها ثانيا: «إنما الأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى»[1]. فلا دور للنية ما لم تتجسم في قول أو فعل؛ فمن نوى أن يبيع ماله لآخر لا يعتبر بائعا، ومن نوى أن يؤجر داره لآخر لا يعتبر مؤجرا، ومن نوى أن يعصي لا يعتبر عاصيا، وهكذا يقول الرسول ﷺ: «إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها، ما لم تعمل أو تتكلم»[2].

وبالمقابل لا دور للصيغ دون إرادة، فالصيغ الصادرة من الصبي غير المميز، ومن المجنون لا تعتبر؛ لأنها مجردة عن الإرادة، فلو قال المجنون مثلا لشخص: بعت منك داري، لا يعتبر هذا التعبير ولا يترتب عنه أي أثر.

إذن فالإرادة المجردة عن التعبير لا تكفي لإنشاء التصرف، والتعبير المجرد عن الإرادة لا يكفي كذلك، لكن إذا توافر العنصران، ولم يكن بينهما اختلاف، كما إذا قال الشخص: بعت منك داري الفلانية بثمن كذا، وكان هذا هو المكنون بنفسه فيما يخص المثمن، وفيما يخص الثمن، في هذه الحالة لا يحدث أي إشكال، فالإرادة الباطنة (النية) معتبرة، ووسيلة التعبير عنها معتبرة كذلك.

وسواء في هذا أن يكون التعبير عن طريق استعمال اللفظ فيما عهد

١- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج١، ص ٩.

٢- سنن ابن ماجه: رقم: ٢٠٤٠، وسنن الترمذي: رقم: ١٩٤.

استعماله، أو كان الاستعمال غير معهود، فمن قال: وهبت لك هذا الكتاب بعشرة دراهم يعتبر بائعا، وإن عبر بلفظ الهبة؛ لأن العبرة بمجموع الكلام لا للكلمة المفردة، وكذلك لو شرط الكفيل في الكفالة ألا يتابع الدائن مدينه الأصيل، كان العقد حوالة، وليس كفالة، فهذا القدر من التصرف في استعمالات اللغة لا يسيء إلى التوافق بين الإرادة الباطنة، والإرادة الظاهرة، ما دام المقصود من العبارة واضحا بما فيه الكفاية، ويردد الحنفية هنا هذه القاعدة: العبرة بالقصود والمعاني لا بالألفاظ والمبادئ.

غير أن الإشكال يوجد إذا اختلفت الإرادة الظاهرة عن النية، وهذا يفترض الحالات التالية:

- حالة عدم القصد إلى النطق باللفظ.
- حالة قصد النطق باللفظ دون قصد معناه الشرعي.
- حالة قصد النطق باللفظ، مع قصد معناه، دون قصد أثره الشرعي.

١ – ففي حالة سبق اللسان أو الخطأ، كمن يريد أن يقول لشخص: بعتك هذا الكتاب، فيقول: طلقت، في هذه الحالة لا تعتبر الصيغة، أو الإرادة الظاهرة، وتعتبر النية؛ لأن الله عز وجل يقول: ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾[1]. والرسول ﷺ يقول: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[2].

وهذا لدى مالك والشافعي وأحمد، أما بعض الحنفية فيقولون باعتبار الإرادة الظاهرة ما دام لا يوجد سياق أو قرينة توضح النية المستكنة.[3]

٢- وفي حالة توفر القصد إلى اللفظ دون أن يكون هناك قصد لمعنى اللفظ، كمن قال لزوجته: أنت طالق، وادعى أنه أراد بذلك أنها حرة فيما

١- الأحزاب: ٥.

٢- سنن ابن ماجه، رقم: ٤٥.

٣- المدخل إلى التعريف بالفقه الإسلامي: ص ٤٥٨.

تريد، ولا تحتاج لمشاورته، هنا ينظر إلى سياق الكلام، فإن وجدت قرينة تكشف عن النية أخذ بها، وإلا اعتبرت الإرادة الظاهرة، قال الإمام مالك: « يؤخذ الناس في الطلاق بألفاظهم، ولا تنفعهم نياتهم في ذلك، إلا أن يكون جوابا لكلام كان قبله»[1].

٣- وفي الحالة الثالثة، وهي حالة قصد اللفظ، وقصد معناه، دون قصد لأثر العقد أو التصرف، وذلك كمن يقول لآخر على سبيل الهزل أو الاستهزاء: بعتك هذا المال، في هذه الحالة تختلف مذاهب الفقه:

- قال الظاهرية وبعض المالكية: إن الهازل - إذا دلت القرائن على هزله- لا يلزمه أي عقد، لفقدان النية، أو الإرادة الباطنة.

- وقال الشافعية في القول الراجح لديهم: إن عقود الهازل تلزمه كلها: النكاح، والبيوع، وغيرها، أخذا بالإرادة الظاهرة.

- وقال الجمهور من الحنفية، والمالكية، والحنابلة: يفصل في عقود الهازل وتصرفاته بين النكاح والطلاق والرجعة، فهذه تلزم مع الهزل، اعتبارا للإرادة الظاهرة، وبين البيع، والإجارة، والصدقة، والهبة، فهذه لا تلزم مع الهزل، وتراعى فيها الإرادة الباطنة أو النية.

ومستند هذا الرأي الثالث: أن الرسول ﷺ قال في حديث حسن: « ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة»[2]. وكذلك وردت، في نفس الاتجاه، عدة آثار عن كبار الصحابة، قال عمر بن الخطاب: «أربع جائزات إذا تكلم بهن: الطلاق، والعتاق، والنكاح، والنذر». وقال علي بن أبي طالب: « ثلاث لا لعب فيهن: الطلاق، والعتاق، والنكاح»، وقال أبو الدرداء: « ثلاث اللعب فيهن كالجد: الطلاق، والعتاق، والنكاح»، وقال عبد الله بن مسعود: « النكاح جده ولعبه سواء»[3].

---

١ - المدونة: ج٢، ص ٤٠٠، وقواعد الأحكام: ج٢، ص ١١٨.

٢- سنن أبي داود، رقم: ٢, ١٩٤، وسنن ابن ماجه، رقم: ٢٠٣٩

٣- إعلام الموقعين: ج٣، ص ١٢٣.

ويعلل ابن القيم هذا الفرق بين تصرفات وعقود الحالة الشخصية والعقود المالية بأن الأولى من حقوق الله، عز وجل، وفيها معنى العبادة، فلا يجوز فيها الهزل، ويعتبر الهزل فيها جدا، حماية لحق الله عز وجل، بينما الثانية من الحقوق الخاصة، يميز فيها بين الجد والهزل. ويستدل ابن القيم على معنى العبادة في النكاح وما إليه بأن عقد النكاح يجوز عقده في المسجد، بينما لا يجوز فيه التبايع[1].

ومثل الهزل في عدم الاعتداء بالإرادة الظاهرة لدى البعض ما يصدر من ألفاظ التصرفات أو التعاقد على سبيل المحاكاة، دون قصد لترتيب الأثر، ويروي ابن حزم الظاهري في هذا: «أن امرأة قالت لزوجها: سمني، فسماها الظبية، قالت: ما قلت شيئا، قال: فهات ما أسميك به، قالت: سمني خلية طالق، قال: فأنت خلية طالق، فأتت عمر بن الخطاب، فقالت: إن زوجي طلقني، فجاء زوجها، فقص عليه القصة، فأوجع عمر رأسها وقال لزوجها: خذ بيدها، وأوجع رأسها»[2].

٤١-إعلام الموقعين: ج٣، ص ١٢٦. يناقش بعض الفقه الإسلامي المعاصر في النكاح والطلاق بالهزل، ويرى: أن ذلك مخالف لمقاصد الشريعة؛ فالقرآن يقول في نوعية العلاقة الناتجة عن الزواج: ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾ (البقرة: ١٨٧)، ﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ (الروم: ٢٠). ولا يمكن الوصول إلى هذا المستوى من العلاقة الصحيحة في نكاح لم تتجه إرادة العاقد فيه، جديا، إلى الارتباط الدائم، ولم يرض فيه أحد الطرفين بالآخر سكنا، ولباسا، ورحمة.

ثم كيف تنحل عقدة بين رجل وامرأة عقدت على كتاب الله، وسنة رسوله، وسماها القرآن (الميثاق الغليظ): ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَـٰقًا غَلِيظًا ﴾ (النساء: ٢١)، كيف تنحل هذه العقدة، بما لها من آثار على الأسرة وعلى الأولاد، بمجرد كلمة هازلة لا معنى لها؟ في نفس الآن الذي يستند فيه القول بإلزام الهازل بكلماته التي لم يقصدها، إلى حديث لا يعدو، في أحسن أحواله، أن يكون حسنا، لم يرتفع إلى درجة الصحة؟

إن الفقه الإسلامي المعاصر يريد أن يصل إلى ترجيح رأي الظاهرية وبعض المالكية في عدم إلزام الهازل بالنكاح والطلاق، وهو رأي يجد سنده، بالإضافة إلى ما سبق، في ربط الطلاق بالعزم: ﴿ وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَـٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ (البقرة: ٢٢٧).

٢- المحلى: ج١٠، ص ٢٠٠. (انظر: الالتزامات في الشرع الإسلامي: ص ٨٥).

إن الإسلام يحرص على احترام النية أو الإرادة الباطنة، كمصدر للرضا، ولكنه، حفاظا على استقرار التعامل، والعلاقات، يضع بعض القيود على الأخذ بالنية؛ لأن هذه النية لا سبيل إلى معرفتها إلا عن طريق مظاهر التعبير الخارجية، وهذا ما سنراه أيضا عند معالجة عيوب الرضا[1].

الفرع الثاني: حالة وجود الرضا معيبا

قد يعقد الواحد عقدا مع آخر، حول موضوع معين، معتقدا أن في الموضوع صفات محددة، في نفس الوقت يكون الأمر على خلاف ذلك، فيتم التعاقد في حالة من الوهم أو الغلط، وقد يدلي طرف بوثائق مزورة تثبت للموضوع صفة الجودة مثلا، فيتعاقد معه الطرف الآخر على هذا الأساس، فيكون ذلك الطرف واقعا في غلط مصطنع من لدن صاحبه، أو واقعا تحت التدليس، وقد يتعاقد شخص عديم أو قليل الخبرة بالسوق فيبيع له التاجر الخبير بأحوال السوق السلعة بثمن يفوق ثمن السوق، أو يشتري منه بأقل، فيكون هناك غبن، وأخيرا: قد يتعاقد الشخص تحت الإكراه بالعنف أو بالتهديد به.

في هذه الحالات الأربع يوجد الرضا، ولكنه مشوب بعيب، هو الوهم التلقائي في الغلط، وهو الوهم الموحى به من الطرف الآخر في التدليس، وهو الجهل بأحوال السوق في الغبن، وهو أخيرا الإكراه.

ونعالج كل واحد من العيوب الأربعة في مبحث مستقل:

المبحث الأول: الغلط

الغلط: هو حالة من التوهم تجعل المتعاقد يتصور المعقود عليه على خلاف حقيقته، فيتعاقد على أساس هذا الوهم؛ كمن يشتري لوحة على أنها أثرية

١-الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص ٢٤، والمدخل في التعريف بالفقه الإسلامي: ص ٤٥٥، ونصب الراية: ج٣ ص ٢٩٤، وتحفة الأحوذي: ج٤ ص ٣٦٣، والجامع الصغير: ج١ ص ١٣٧، والالتزامات في الشرع الإسلامي: ص ٨٢، والاحكام في أصول الأحكام: ج٢ ص ٧٧١، والملكية ونظرية العقد: ص ٢٤٢، والمدونة: ج٢ ص ٤٠٠، وقواعد الأحكام: ج٢ ص ١١٨.

قديمة، فإذا بها ليست كذلك، فالغلط جهل بحقيقة الموضوع، ومن ثم جهل بقيمته[1].

فالمتعاقد الواقع تحت الغلط هو شخص يتصرف بإرادة حرة، إلا أن إرادته واهمة، توجهت وجهة غير حقيقية.

وكما ينصب الغلط على الموضوع، قد ينصب على شخص المتعاقد؛ وذلك كمن يهب لشخص على أنه قريبه، أو على أنه طالب علم، ثم يبدو الأمر على خلاف ذلك.

إذن فالغلط نوعان[2]: غلط في الموضوع، وغلط في الشخص المتعاقد، ونقول كلمة عن النوعين في مطلبين:

المطلب الأول: الغلط في الموضوع

والغلط في الموضوع نوعان: غلط في نوعية المادة، وغلط في صفة من صفات المادة:

أ- فمن يتعاقد على موضوع للبيع باعتباره ألماسا، ثم يتبين أنه زجاج، يكون قد غلط في نوعية المادة، وتكون إرادته قد انصبت خطأ على الألماس، فيما كان ينبغي، بحسب الواقع، أن تنصب على الزجاج؛ هنا يكون البيع باطلا، حماية للنية، أو الإرادة الباطنة، كأساس للرضا بالموضوع، فقد نصت مجلة الأحكام العدلية (م: ٢٠٨): «إذا باع شيئا وبين جنسه، فظهر المبيع من غير ذلك الجنس بطل البيع، فلو باع زجاجا على أنه ألماس بطل البيع».

١- شرح الخرشي: ج٥ ص ١٥٢.

٢- هناك نوع ثالث من الغلط هو الغلط في القاعدة الشرعية، كمن وجب له حق الشفعة فلم يطالب به، لجهله بهذا الحق، إلا أن القاعدة العامة في الإسلام أن الجهل بالشريعة ليس عذرا إلا لمن لم تسمح له ظروفه بالتعرف على قواعد الشريعة، كالجديد في الإسلام، أو من يعيش في دار الحرب. انظر: مواهب الجليل: ج٤ ص ٤٦٦، وشرح الخرشي: ج٥ ص١٥٢. والأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٥٤١، والفقه الإسلامي لمحمد يوسف موسى: ص ٤٠٣، والملكية ونظرية العقد: ص ٤٥٩.

لكن هل الغلط في نوعية المادة يوجب -دائما- بطلان العقد مهما كانت وضعية الطرف الآخر؟

وضع المالكية هنا معيارا للتفرقة بين ما يعتد فيه بالغلط فيبطل العقد، وما لا يعتد فيه فيظل العقد صحيحا، هذا المعيار يقوم على إمكانية العلم بالغلط من لدن الطرف الآخر.

١- فإذا كان الطرف الآخر لا يمكنه أن يتبين من خلال صيغة العقد وظروفه أن صاحبه وقع في الغلط، بحيث إن البائع لسجادة صلاة، مثلا، سماها باسمها المتعارف، وتم التعاقد في ظروف عادية خالية من التدليس وغيره، وبعيد تمام البعد؛ ثم وجد المشتري أن السجادة من نوع حريري ممتاز على خلاف ما ظن المتعاقدان حين العقد، في هذه الحالة لا يعتبر الغلط عذرا يبرر بطلان البيع لمصلحة البائع بحجة أنه غلط في نوعية المبيع؛ وذلك لأن المشتري لم يكن يتوقع الفسخ، والبائع قصر في تعرف مادته المعروضة للبيع، فعليه أن يتحمل نتائج تقصيره.

ويقول المالكية: إنه إذا أعطي للبائع هنا حق الفسخ، تعرض المشتري للمفاجأة، وتعرضت المعاملة لعدم الاستقرار؛ ولذلك فهم يصححون العقد، رفعا للضرر الذي يحدثه تقصير البائع، ما دام لم يوجد أي إشارة للغلط.

« سئل الإمام مالك عمن باع مصلى، قال المشتري: أتدري ما هذا المصلى، هو والله خز؟ فقال البائع: ما علمت أنه خز، ولو علمت ما بعت بهذا الثمن! قال مالك: هو للمشتري، ولا شيء للبائع»[1] .

٢- أما إذا كان بإمكان الطرف الآخر أن يتبين غلط صاحبه، بحيث أطلق البائع، مثلا، على الموضوع اسما غير اسمه؛ كأن يعرض للبيع حجرا ويسميه ياقوتة، هنا يكون الغلط عذرا يبرر البطلان؛ لأن الإرادة الظاهرة المعيبة وجد ما يناقضها في صيغة العقد، قال أبو عبد الله الحطاب: «وأما إذا

١- مواهب الجليل: ج٤، ص ٤٦٦.

سمى أحدهما الشيء بغير اسمه، مثل أن يقول البائع: أبيعك هذه الياقوتة، فيجدها غير ياقوتة، أو يقول المشتري: بع مني هذه الزجاجة، ثم يعلم البائع أنها ياقوتة فلا خلاف في أن الشراء لا يلزم المشتري، والبيع لا يلزم البائع»[1].

وإذن ففي الغلط بالمادة يؤخذ بالإرادة الظاهرة، ويصح العقد، إذا لم يوجد في السياق ولا في الصيغة ما يعارض هذه الإرادة، ويؤخذ بالإرادة الباطنة، ويبطل العقد، عندما تتوفر الصيغة أو السياق على ما يشعر بالغلط.

ب- أما إذا كان الغلط بصفة من صفات المادة، كمن يشتري كبشا فإذا هو نعجة، أو كمن يشتري كتابا من الطبعة الثانية فإذا هو من الطبعة الأولى، وكمن تقبل بخطيب زوجا بناء على أنه قد أتم تعليمه الجامعي، فإذا هو ليس كذلك؛ هنا لا يكون العقد باطلا، وإنما يترتب عليه لمن وقع الغلط في جانبه حق الخيار بين إجازة العقد وفسخه؛ نصت المادة (٣١٠) من مجلة الأحكام العدلية: « إذا باع مالا بوصف مرغوب، فظهر المبيع خاليا من ذلك الوصف، كان المشتري مخيرا، إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمى».

المطلب الثاني: الغلط في شخص المتعاقد

في بعض العقود يحتل الشخص مكانة خاصة، فمن يتعاقد مع خطاط لكتابة مصحف، مثلا، ثم يتبين أن من تعاقد معه ليس هو ذاك الخطاط المرغوب فيه؛ هنا كما في فوات الصفة المرغوبة يكون لمن وقع الغلط في جانبه حق الخيار بين إجازة العقد وفسخه[2].

ويرى المالكية والحنفية: أن الشفيع إذا تنازل عن حق الشفعة لصالح مشتر معين، بتقدير ألا ضرر من الاشتراك مع هذا المشتري المعروف

١- المرجع السابق.

٢- الالتزامات في الشرع الإسلامي: ص ١٠٤.

بسلوكه الحسن، ثم تبين أن من وقع التنازل لمصلحته هو شخص آخر؛ هنا يكون للمتنازل عن حق الشفعة أن يرجع في التنازل، ويأخذ بالشفعة من جديد؛ لأنه غلط في شخص المتنازل لمصلحته[1].

جاء في المادة (١٤٥) من مرشد الحيران: «إذا علم باسم المشتري فسلم في الشفعة، ثم بان له أن المشتري هو غير مَنْ سمى، فله حق الشفعة».

كما يرى الحنفية أيضا: «أن الغلط في شخص الظئر يخول الحق في فسخ إجارة الإرضاع»[2].

المبحث الثاني: التدليس والغش

التدليس هو استعمال خديعة توقع الشخص في غلط، فيندفع إلى التعاقد تحت تأثير هذا الغلط.

والتدليس يفترق عن الغلط من حيث إن الوهم الحاصل في حالة التدليس هو وهم مستحدث بفعل المتعاقد الآخر، أو طرف ثالث، بينما الوهم في حالة الغلط تلقائي في نفس العاقد.

يفرق الفقه بين التدليس والغش –رغم اتحادهما في الأثر والحكم– بأن التدليس هو خديعة مقارنة للعقد، وإن بدأت قبل ذلك؛ فمن يترك بقرة دون حلب عدة أيام، ثم يقدم بها إلى السوق وضرعها ممتلئ لبنا، هذا المخادع يقوم بعملية تدليس، بينما الغش هو خديعة سابقة على العقد، أو لاحقة في فترة التنفيذ، فمن يخلط باللبن ماء، ثم يقدمه للسوق على أنه لبن خالص يعتبر غاشا وليس مدلسا، ومن يتعاقد مع صاحبه على نوع محدد من التمر، مثلا، ثم يقدم في الوفاء تمرا من نوع آخر، أو خليطا من الجيد والرديء، يعتبر كذلك غاشا وليس مدلسا.

وتقدم نصوص السنة هذا التمييز بين المدلس والغاش:

١- شرح الخرشي: ج٦، ص ١٧٣.

٢- تبيين الحقائق: ج٥، ص ١٢٨.

– فعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: « من اشترى شاة مصراة، فلينقلب بها فليحتلبها، فإن رضي حلابها أمسكها، وإلا ردها، ومعها صاع من تمر»[1].

فهذا الذي صرى (مضعفا) الشاة، مارس الخديعة كترك قبل أن يقدم إلى السوق، ومارسها وهو في لحظة التعاقد، وبذلك كان مدلسا أو مغررا بالمتعاقد معه.

– وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ مرّ برجل يبيع طعاما، فسأله: كيف تبيع؟ فأخبره، فأوحي إليه: أن أدخل يدك فيه، فأدخل يده فيه، فإذا هو مبلول، فقال رسول الله ﷺ: ليس منا من غش[2].

فهذا البائع قد انتهى من خديعته قبل أن يعرض سلعته للجمهور في السوق.

يتم التدليس بوسائل ثلاث: هي الفعل، والقول، والكتمان أو الترك، ونقول كلمة عن كل منها في مطالب ثلاثة:

المطلب الأول: التدليس بالفعل

هذا النوع من التدليس يتم بممارسة الفعل الاحتيالي، لإظهار موضوع العقد بغير صورته الحقيقية، بقصد الدفع إلى التعاقد؛ وذلك كالتصرية في الحديث الذي سبق، وكمن يصبغ ثوبا، أو يطلي خشبا، ليظهر جديدا، وليس بذلك، وكمن يقدم وثائق تثبت صفات معينة لسلعة يعرضها للبيع، وليس بها تلك الصفات.

إن هذا النوع من التدليس يوجب الخيار للمدلس عليه، يقول الرسول ﷺ: «لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد، فإنه بخير النظرين، بعد أن يحتلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردها، وصاعا من تمر»[3].

١– صحيح الإمام مسلم: رقم ٥٢٤.

٢– سنن أبي داود: رقم: ٤٥٢.

٣– صحيح البخاري بشرح الفتح، ج، ص ٣٦١.

المطلب الثاني: التدليس بالقول

يتم هذا النوع عن طريق الكلام المخادع، ومن صوره التي كانت معروفة لدى العرب ما كانوا يسمونه النجش (بفتح فسكون)، وهو الزيادة في ثمن السلعة ممن لا يريد شراءها، بقصد دفع الغير إلى الشراء، أو إلى القبول بثمن مرتفع.

لقد اعتبر الإسلام النجش خديعة يأثم فيها الناجش والمتواطئ معه: فعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تناجشوا»[1]، وعن ابن عمر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن النجش»[2]، وقال ابن أبي أوفى: «الناجش آكل ربا، خائن، وهو خداع باطل، لا يحل، قال النبي ﷺ: الخديعة في النار، ومن عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد»[3].

إن البيع الذي يتم عن طريق الخديعة القولية يثبت فيه الخيار للمدلس عليه، فإن شاء أمسك المبيع بثمنه، وإن شاء رد المبيع واسترد ثمنه[4].

ومن التغرير بالقول ما كان معروفا لدى العرب باسم تلقي الجلب، أو تلقي السلع، حيث يخرج التجار إلى الطرقات، خارج المدن أو الأسواق، ليشتروا السلع قبل أن يصل بها أصحابها إلى السوق، وبالطبع هذا الشراء يعتمد التغرير القولي لإيهام الجالبين أنهم سيخسرون إن دخلوا السوق، أو تحملوا بقية المصارف إلى السوق؛ ولذلك ورد النهي عن هذا النوع من البيوع، وأعطي حق الخيار لمن علم، بعد، أنه تضرر منه؛ فعن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ نهى أن تتلقى السلع حتى تبلغ الأسواق[5].

وعن أبي هريرة « أن رسول الله ﷺ قال: لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه

١- سنن أبي داود، رقم: ٤٣٨.

٢- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج ٤، ص ٣٥٥.

٣- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج ٤، ص ٣٥٥.

٤- شرح الفتح، ج٤، ص ٣٥٥.

٥- صحيح مسلم، رقم: ٥١٧.

فاشترى منه، فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار»[1]. إذن: فالجالبون لو باعوا سلعهم للمتلقين، ثم دخلوا السوق فاكتشفوا أنهم وقعوا ضحية استغلال، في هذه الحالة يكون لهم الخيار في الإمضاء والرد[2].

المطلب الثالث: التدليس بالكتمان

من واجب المتعاقد إذا كان في موضوع العقد عيب أن يبينه للمتعاقد معه، حتى يتبين هذا المتعاقد ما يقدم عليه، يقول الرسول ﷺ: «المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا فيه عيب، إلا بيَّنه»[3]، ويقول أيضا: « من باع عيبا لم يبينه لم يزل في مقتِ الله، ولم تزل الملائكة تلعنه»[4].

فإذا كتم العالم بالعيب ما هو موجود منه في سلعته كان للذي يعثر على العيب أن يختار بين إمضاء العقد ورده إلا أن ذلك بشرطين:

- أن يكون العيب قديما بالنسبة لتاريخ البيع، مثلا، حتى لا يكون العيب قد حدث لدى المتعاقد الآخر الذي انتقل إلى يده الموضوع.

- أن يكون المتعاقد الآخر لم يعلم بالعيب، لأنه إذا علم يكون قد رضي بالعيب والتزمه[5].

المبحث الثالث: الغبـن

الغبن، باعتباره خداعا في المعاملة، يتضمن استغلالا مبناه جهل أحد الطرفين بحالة السوق، إلا أن الغبن قد يوجد في حالة من التبين التام لظروف المعاملة؛ وفي هذه الحالة لا يستغل طرف جهل الطرف الآخر، وإنما يستغل حاجته الملحة، التي يقبل-تحت ضغطها- الشراء أو البيع بالثمن الذي يقترحه الطرف الضاغط.

١- صحيح مسلم، رقم: ٥١٧.

٢- مواهب الجليل، والتاج والإكليل بهامشه: ج٤ ص ٣٤٨، وبداية المجتهد: ج٢، ص ١٢٦.

٣- سنن ابن ماجه: رقم: ٢٤٦.

٤- سنن ابن ماجه: رقم: ٢٤٧.

٥- القوانين الفقهية: ص ٢٢٨، وتبيين الحقائق، ج٤، ص ٣١.

ولما كان الغبن المبني على استغلال الجهل قد استدل به بعض دارسي الاقتصاد الإسلامي من المستشرقين على اتجاه الإسلام الرأسمالي، كان لابد أن نثير هذه القضية، وأن نحاول التعرف على طبيعة السوق الإسلامية من خلال أحكام الغبن وآثاره.

من ذلك انقسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة، نتحدث في الأول منها عن الغبن المبني على استغلال الوهم أو الغلط، ونتحدث في الثاني عن الغبن المبني على استغلال الحاجة، ونتحدث في الثالث والأخير عن علاقة أحكام الغبن بطبيعة السوق الإسلامية.

المطلب الأول: الغبن المبني على استغلال الوهم

الغبن شرعا: أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر في عقود المعاوضة فيبيع له، مثلا، ويشتري منه بثمن هو غير الثمن الذي يتعامل به الناس عادة.

ويقسم الغبن إلى قسمين: غبن يسير وغبن فاحش، ويفرق بين النوعين بأن الغبن الفاحش ما يخرج من تقويم المقومين، وبأن الغبن اليسير ما يدخل في هذا التقويم، وبالمثال: لو اشترى شخص كتابا بثلاثين درهما، فإذا قوم المقومون الكتاب بخمسة وعشرين وبتسعة وعشرين، وبثلاثين نقول: إن الغبن يسير؛ لأنه دخل فيما يقوم به المقومون، وإن لم يقوم أحد الكتاب بالثلاثين، بل ظل كل المقومين في التسعة والعشرين درهما فما دونها، نقول: إن الغبن فاحش.

ويفرق البعض بين النوعين بمعايير أخرى: كأن يزيد الثمن أو ينقص بنسبة عشرة في المائة من ثمن السوق، وكأن يزيد أو ينقص بمقدار الثلث، كما هو المشهور لدى المالكية، والبعض يترك تقدير فحش الغبن للأعراف، فما يعده العرف غبنا فاحشا فهو ذاك، وإلا فهو يسير.

وإذا كان الغبن اليسير مما يتساهل بشأنه لأنه يعتبر من قبيل السماحة في المعاملة، فإن الغبن الفاحش حرام وباب من أبواب الربا؛ لأنه استغلال،

وفقدان للتوازن بين طرفي العقد، إلا أن أثر الغبن الفاحش يختلف حسب المذاهب الفقهية، ويمكن تصنيف هذا الخلاف إلى اتجاهين، اتجاه الأخذ بخيار الغبن إذا صحبه التدليس أو التغرير، واتجاه الأخذ بخيار الغبن ولو دون تدليس.

يتبنى الاتجاه الأول كل من الحنفية والشافعية والحنابلة؛ فالغبن الفاحش عند هؤلاء لا يوجب خيارا للمغبون إلا إذا صحبه تغرير، وهم يعدون من الغبن الفاحش بيع المصراة، وبيع النجش، وبيع تلقي السلع أو الركبان، كما سبق، وقد نصت مجلة الأحكام العدلية (م: ٣٥٧): إذا غر أحد المتبايعين الآخر، وتحقق أن في البيع غبنا فاحشا، فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ.

إلا أن الحنفية، بعد هذا، يوجبون الخيار في البيع بالغبن الفاحش، ولو دون تغرير، في مواضع ثلاثة، مراعاة للمصلحة العامة، في حفظ أموال اليتامى، ومال الوقف، ومال بيت مال المسلمين، جاء في مجلة الأحكام العدلية أيضا (م: ٣٥٦): «إذا وجد غبن فاحش في البيع، ولم يوجد تغرير، فليس للمغبون أن يفسخ البيع، إلا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع، ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم».

وإذا كانت المذاهب الثلاثة قد أثبتت الأخذ بالخيار في الغبن الفاحش مع التغرير، فإن مذهب المالكية وسع في الفسخ بسبب الغبن، فأخذ بالغبن اليسير، وأخذ بالغبن الفاحش.

أخذ المالكية بالغبن اليسير في بيع الاسترسال، أو الاستئمان، وهذا النوع من البيوع هو أمانة يعتمد فيها أحد المتعاقدين على ضمير المتعاقد الآخر، فيستسلم له في تحديد ثمن المبيع، ثقة بأمانته، فإذا غبن البائع المشتري رغم إعلان هذه الثقة، كان للطرف المغبون حق الفسخ، مهما كان مقدار الغبن يسيرا، أو فاحشا، فقد ورد عن الرسول ﷺ: « غبن المسترسل ربا»[1].

أما الغبن الفاحش فقد أخذ به بعض المالكية بشروط ثلاثة، ذكرها محمد

١- فيض القدير: ج٤، ص ٤٠٠.

بن عاصم الغرناطي (ت٨٢٩ هـ) في تحفة الحكام:

ومن بغبن في مبيع قاما فشرطه: ألا يجوز العاما

وأن يكون جاهلا بما صنع والغبن بالثلث فما زاد وقع

فالشرط الأول: أن يكون المغبون جاهلا بأثمان السوق، وهذا الجهل دليل الغلط، وأن المغبون لم يرض بالغبن.

والشرط الثاني: أن يكون مقدار الغبن الثلث فما فوقه بالنسبة إلى الثمن المعتاد في السوق.

والشرط الثالث: أن ترفع دعوى الغبن خلال سنة من تاريخ العقد، الذي شابه عيب الغبن.

المطلب الثاني: الغبن باستغلال الحاجة

الغبن الاستغلالي هو غبن لا يقوم على الجهل، أو عدم الخبرة، وإنما هو غبن مقصود من الطرفين معا، ويستغل فيه طرف حاجة الطرف الآخر، فيفرض عليه الشراء أو البيع بثمن ينافي التوازن بينهما.

نهى الرسول ﷺ عن استغلال حاجة المضطر، قال الإمام علي بن أبي طالب: «سيأتي على الناس زمان عضوض، يعض الموسر على ما في يديه، ولم يؤمر بذلك، قال تعالى: ولا تنسوا الفضل بينكم»[1]، ويبايع المضطرون، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع المضطر، وبيع الغرر، وبيع الثمرة قبل أن تدرك»[2].

ومن صور شراء المضطر: أن يضطر شخص إلى طعام أو شراب، أو ملبس، فيحس البائع بهذه الضرورة، ويفرض بسببها ثمنا مرتفعا للبيع، وذلك في حالة من الوعي التام بعدم عدالة الثمن.

ومن صور بيع المضطر: أن يحتاج شخص للنقود، فيحس المشتري بهذه

١- البقرة: ٢٣٨.

٢- سنن أبي داود: رقم: ٣٨٢.

الحاجة، ويفرض على البائع ثمنا منخفضا، في وعي تام كذلك بانتقاء العدالة.

إن بيع المضطر فاسد لدى البعض، ولكنه صحيح لدى الظاهرية والمالكية، إلا أن الثمن يرد إلى المثل؛ لقول الله عز وجل: ﴿ ٱلشَّهۡرُ ٱلۡحَرَامُ بِٱلشَّهۡرِ ٱلۡحَرَامِ وَٱلۡحُرُمَٰتُ قِصَاصٞۚ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ﴾[١].

المطلب الثالث: الغبن وطبيعة السوق الإسلامية

هل تدل قواعد علاج آثار الغبن في الشريعة الإسلامية على أن السوق الإسلامية هي سوق حرة بالمعنى الشائع الآن، أي السوق الليبرالية المبنية على قاعدة آدم سميت: «دعه يعمل، دعه يمر»[٢].

إن الإسلام في جوهره بعيد عن السوق الحرة بهذا المفهوم، والدليل على ذلك أن الإسلام وضع عدة ضوابط لتنظيم السوق، منها على سبيل المثال:

١- منع الاحتكار، فالرسول ﷺ يقول: «من احتكر فهو خاطئ»[٣]، ويقول عليه السلام: « الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون»[٤].

٢- منع تلقي الجلب أو الموردين خارج المدن، وخارج الأسواق، واحتياطا ضد الاحتكار، من جهة، وضد الاستغلال والوساطة بين المنتج والمستهلك من جهة ثانية، فعن عبد الله بن عمر: « أن رسول الله ﷺ نهى أن تتلقى السلع حتى تبلغ الأسواق»[٥].

٣- منع الإسلام أن يبيع أهل المدن لأهل البادية، وأمر أن يترك أهل

١- البقرة: ١٩٣. المحلى: ج٩ ص ٢٢، والالتزامات في الشرع الإسلامي: ص ١٠٨.

٢- مفكر إنجليزي عاش ما بين ١٧٢٣ - ١٧٩٠ م اشتهر بكتابه (ثورة الأمم) الذي يعتبر إنجيل الرأسمالية، على غرار رأس المال لكارل ماركس الذي يعتبر دستور الاشتراكية أو الشيوعية، التي تقوم على تحديد الأسعار من لدن السلطة المركزية لكل السلع.

٣- صحيح مسلم رقم: ٦٠٥.

٤- سنن ابن ماجة رقم: ١٥٣.

٥- صحيح الإمام مسلم رقم: ٥٢٧.

البادية يبيعون ويشترون لأنفسهم، احتياطا، أيضا، ضد الوساطة، التي تفتح مجال الاستغلال، ورفع الأسعار دون عمل؛ قال الرسول ﷺ: « لا يبع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»[١]، وقال أنس بن مالك:« نهينا بأن يبيع حاضر لباد، وإن كان أخاه أو أباه »[٢].

٤ – منع الإسلام أن يستام شخص على سوم الآخر، أو أن يبيع على بيعه، منعا للتسابق على السلع، وبالتالي دفعا للاستغلال والخصومات، قال الرسول ﷺ: « لا يبيع الرجل على بيع أخيه »[٣]، « لا يبيع بعضكم على بيع بعض »[٤]، « لا يسم المسلم على سوم أخيه »[٥].

٥– منع الإسلام أن توجد بالسوق المواد الخارجة عن نطاق التعامل في الإسلام كالخمر، والخنزير، والميتة وما إليها، قال الرسول ﷺ: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام »[٦]، وقالت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: « خرج رسول الله ﷺ إلى المسجد، فحرم التجارة في الخمر »[٧].

وإذن فالسوق الإسلامية هي سوق تعيش على تدخل الدولة باسم الشريعة الإسلامية كنظام للمجتمع؛ غير أنه في نطاق هذه الضوابط يتمتع الأفراد بحرية التعامل؛ وذلك لأن حرية الإنسان في الإسلام جزء من كرامته، ولا يمكن الحد من هذه الحرية إلا في نطاق ضمان هذه الحرية لكل متعامل في السوق، دون مضارة بحقوق الآخرين وبحقوق الله عز وجل.

ومعنى هذا: أن المتعاملين في السوق إذا ضمنت التوازن بينهم تلك القواعد

١– صحيح مسلم، رقم: ٥٢٢.

٢– صحيح مسلم، رقم: ٥٢٣.

٣– صحيح مسلم، رقم: ٤١٢.

٤– صحيح مسلم، رقم: ٤١٣.

٥– صحيح مسلم، رقم: ٤١٣.

٦– صحيح مسلم، رقم: ٥٨١.

٧– صحيح مسلم، رقم: ٥٨٠.

لم يطالب الإمام بتدخل أكثر، ولكن إذا تدخلت في السوق عناصر جديدة أفقدتها توازنها، هنا يوجب الإسلام التدخل؛ إعادة للتوازن، وحفاظا عليه:

- وجد عمر بن الخطاب حاطب بن أبي بلتعة يبيع بسعر أقل من سعر السوق، فقال له: إما أن تزيد في السعر، وإما أن ترفع من سوقنا[1].

- أجاز الاجتهاد الفقهي، بصفة عامة، تسعير السلع والخدمات من لدن الدولة، على أساس العدل بين المنتج والمستهلك، وخاصة في أوقات الأزمات، حتى لا يستغل التجار حاجة المستهلكين، فيغلوا الأسعار، ويلحقوا الضرر بمجموع السكان.

لقد رأى هذا الاجتهاد أن التسعير طلب إلى الرسول ﷺ فامتنع منه، خوفا من الظلم، فعن أنس بن مالك: « قال الناس: يا رسول الله، غلا السعر، فسعر لنا، فقال رسول الله ﷺ: إن الله هو المسعر، القابض، الباسط، الرازق، وإني لأرجو أن ألقى الله، وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال »[2].

فالرسول ﷺ امتنع عن التسعير خوف الوقوع في مظلمة أحد من الآحاد؛ وذلك لأن الغلاء، كما تفيد كلمات الحديث، كان ناتجا عن غلاء الكلفة في المواد المجلوبة، وليس عن احتكار أو تلاعب بالسوق؛ ولهذا قال أحمد بن تيمية: « ومن منع التسعير محتجا بقول النبي ﷺ: إن الله هو المسعر القابض الباسط...، فقد غلط»[3].

إنه عندما تتعارض مظلمة الآحاد مع مظلمة مجموع السكان، يجب فرض التوازن برفع المظلمتين معا إن أمكن، وإلا رفعت المظلمة العامة، وتحمل الأفراد مظلمتهم الخاصة؛ فمن القواعد المجمع عليها في الفقه الإسلامي

١- موطأ مالك برواية يحيى: ص ٦٥١.

٢- سنن أبي داود، رقم: ٤٥١.

٣ -كتاب الكافي: ص ٧٣٠، والحسبة في الإسلام: ص ٣٣.

بجميع مذاهبه: أن الضرر الخاص يتحمل من أجل رفع ضرر عام، وأن الضرر الأشد يزال بتحمل الضرر الأخف، بل إن العمل المشروع، إذا كان يحقق مصلحة فردية، ويلحق ضررا بالناس أو بمجموعة منهم، يعتبر تعسفا في استعمال الحق، وعلى ولي الأمر منعه قربى إلى الله عز وجل[1].

وإذن، فنظرية الغبن في الإسلام لا تعتبر نتيجة حتمية لحرية السوق، كما يحلو للبعض أن يزعم، ولكنها نتيجة للتنظيم المعتدل للسوق؛ حيث يتوازى تدخل الدولة والحرية المؤطرة ضمن الحد الأدنى من ضوابط التوازن التي تصدر عن العقيدة الإسلامية، وعن الطبيعة الجماعية للشريعة، مع فتح المجال أمام تدخل جديد كلما اقتضى حفظ التوازن ذلك.

المبحث الرابع: الإكراه

الإكراه: حمل الغير على فعل أو قول بغير رضاه، ما كان ليفعله أو ليقوله لولا هذا الإكراه. فمن يقول لآخر: بعني هذه الساعة وإلا كسرتها وجميع الساعات لديك، يكون بائعه، حين العقد، واقعا تحت الإكراه، بخلاف من يقول لآخر: بعني هذه الساعة، في ظروف عادية، ويتعاقد مع صاحبه على البيع، يكون في حالة إرادة تامة، بمعنى في حالة اختيار ورضا. وبالمثل من يشرب الخمر، أو يسجد لصنم تحت الإكراه، يكون فعله قد صدر بغير إرادة.

وتعرف مجلة الأحكام العدلية (م: ٩٤٨) الإكراه بأنه: « إجبار أحد على أن يعمل عملا بغير حق، من دون رضاه، بالإخافة ».

ويعبر بعض الفقهاء بالمغرب والأندلس عن الإكراه بالضغط، فيتحدثون عن بيع المضغوط وطلاقه، ونكاحه، ويحدد البعض المضغوط بأنه: «من أضغط في بيع ربعه، أو شيء بعينه، أو في مال يؤخذ منه»[2]؛ إلا أن البعض من هؤلاء المالكية يفرق بين المكره والمضغوط، فيستعمل لفظ المكره فيمن

١- نظرية التعسف في استعمال الحق: ص ٢٣٥.

٢- مواهب الجليل: ج٤ ص ٢٤٩، والربع: العقار، لأنه يتربع فيه.

أكره على الفعل، أو القول، مباشرة، ويستعمل لفظ المضغوط لمن أكره على السبب؛ وبالمثال: فمن أكره على بيع عقاره، سمي مكرها، ومن أكره على دفع مال، فباع بسبب ذلك عقاره، يسمى مضغوطا[١].

ويقسم الحنفية الإكراه إلى نوعين: الإكراه الملجئ، والإكراه غير الملجئ، وورد مثل ذلك في مجلة الأحكام العدلية (م: ٦٤٩): الإكراه إلى قسمين: القسم الأول: هو الإكراه الملجئ الذي يكون بالضرب الشديد، المؤدي إلى إتلاف النفس، أو قطع عضو. والثاني: هو الإكراه غير الملجئ، الذي يوجب الغم والألم فقط، كالضرب غير المبرح، والحبس غير المديد.

فالإكراه الملجئ هو إكراه يصل في تأثيره إلى حدود الضرورة، بحيث يشتد الضغط، فتقل فرص الاختيار، وتكاد أن تنعدم، كمن يشد آخر في وثاق، ويضع آلة قاتلة على بدنه، ويقول له: وقع هذه الوثيقة وإلا أصبحت ميتا.

والإكراه غير الملجئ، أو الإكراه الناقص هو الذي يدع فرص الاختيار متوفرة، مع بعض المشقات المحتملة.

ويبدو من مواد المجلة: أن الإخافة المجردة، التي يغلب على الظن تحقق وعيدها، تكفي لوجود الإكراه كعيب في الرضا، ولو لم تتم ممارسة الوسائل، وهذا ما يتفق فيه المالكية والحنفية، مستدلين بمقولة للخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه: « ليس الرجل آمن على نفسه، إذا أخفته أو أوثقته، أو ضربته »[٢]، قال الإمام مالك: « الوعيد المخوف إكراه، وإن لم يقع ».[٣]

وإذن فالإكراه يتحقق في حالتين:

- عندما توجد الممارسة الضاغطة بالحبس، أو الضرب، أو الوثاق، أو مباشرة الإتلاف.

- عندما يوجد تهديد جدي لممارسة هذه الوسائل على النفس، والقرابة،

١- شرح مبارة على التحفة: ج٢ ص ١٢.

٢- الجامع لأحكام القرآن: ج ١٠، ص ١٩٠.

٣-الجامع لأحكام القرآن، ج ١٠، ص ١٩٠.

كالولد والزوجة، أو على المال إذا كانت له قيمة.

إلا أن البعض، وخاصة في المذهب المالكي، يرى: أن الإكراه يحدده القضاء في كل حالة على حدة؛ فما يعتبر إكراها لشخص، كالإهانة بكلمة، قد لا يكون إكراها جديا لدى الآخر.

إن الإكراه كممارسة والإكراه كتهديد يشتركان في شرط يحتاجه كل من النوعين، وينفرد، بعد ذلك، الإكراه كتهديد إلى شروط يحتاجها هذا النوع وحده، نظرا لعدم وجود مضمونه كفعل.

والشرط المشترك بين النوعين من الإكراه، هو أن يكون الإكراه في غير حق مشروع، فإذا كان الإكراه مشروعا، كمن أكرهه القضاء بالضرب والحبس على البيع لأداء دين واجب، يكون إكراهه لا يعيب الإرادة في شيء، ولا يؤثر على التصرف والعقد؛ لأن من امتنع عن حق واجب عليه تجوز ممارسة الإجبار عليه بكل الوسائل، يقول الرسول ﷺ: «ليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته»[1].

أما الشروط الخاصة بالإكراه كتهديد فهي الثلاثة التالية:

١- أن يكون من صدر عنه التهديد قادرا على تنفيذ وعيده، فلو كان من صدر عنه التهديد لا نظن منه التنفيذ لم يكن الإكراه حاصلا، وأي تصرف يحصل تحت هذا النوع من التهديد يعتبر حاصلا في حالة رضا، فلا يطعن فيه بالإكراه: « يشترط أن يكون المجبر (بالكسر) مقتدرا على إيقاع تهديده، فلا عبرة، من ثم، بإكراه من لم يكن قادرا على إيقاع تهديده » (م: ١٠٠٣ المجلة).

٢- أن يكون من وجه ضده الإكراه واقعا في حالة الرهبة من هذا التهديد الموجه إليه، ويتصرف على أساس ذلك؛ فلو لم يعبأ بالإكراه، لأنه ظنه غير

١- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج ٥، ص ٦٢. وزاد: قال سفيان: عرضه يقول: مطلتني، وعقوبته: الحبس.

جدي، أو لسبب آخر، وتصرف في حالة عادية، لا يطعن في تصرفه بالإكراه: « يشترط خوف المكرَه (بالفتح) من وقوع المكره به، يعني: يشترط حصول ظن غالب عند المكره، بإجراء المكره به، إن لم يفعل المكره عليه» (م: ١٠٠٤ المجلة).

٣- أن توجد علاقة واضحة بين التهديد والتصرف المطعون فيه بالإكراه، فلو انتفت العلاقة بين التهديد والتصرف لم يكن للإكراه تأثير، وتقدير ذلك موكول إلى السلطة التقديرية المخولة للقضاء، وقد مثلت مجلة الأحكام العدلية لهذا التصرف الذي يصدر عن المكرِه (بالكسر) في المكرَه (بالفتح) أو عونه (م: ١٠٠٥): «إذا فعل المكرَه (بالفتح) المكره عليه في حضور المجبر أو عونه، كان الإكراه معتبرا، أما إذا فعله في غياب المجبر أو عونه فلا يعتبر؛ لأنه يكون قد فعله طوعا بعد زوال الإكراه. مثلا: لو أكره واحد على بيع ماله، وذهب المكرَه (بالفتح) وباع ماله في غياب المجبر وعونه، فلا يعتبر الإكراه، ويكون البيع صحيحا».

إن الإكراه يؤثر على الإرادة، فالمكره غير مرتاح لتصرفه، ولو كان حرًّا لما مارسه؛ والإرادة تتكون لدى البعض من شقين: الاختيار من جهة وهو ترجيح أحد الاحتمالات أو الاحتمالين عند الإقدام على تصرف معين، ثم الرضا من جهة ثانية، وهو ارتياح النفس للتصرف، وشعور الفاعل بأن التصرف لبى رغبة أثيرة في نفسه؛ بينما تتكون الإرادة -لدى البعض الآخر- من شق واحد هو الرضا، أو الاختيار، باعتبار أن مضمون الكلمتين واحد.

وللفقهاء اختلاف في أثر الإكراه بناء على النظر إلى مضمون الإرادة باعتبارها شقا واحدا أو شقين[1]، فليراجع في مظانه.

١- شرح محمد ميارة على التحفة: ج٢ ص ١٢، والمحلى: ج٨، ص ٣٢٩، والجامع لأحكام القرآن: ج١٠، ص ١٨٤، والقوانين الفقهية: ص ٢١٢، ومواهب الجليل: ج٤ ص ٢٤٩، والمجموع: ج ٩، ص ١٦١.

الفصل الرابع: السبب المشروع

السبب يستعمل لدى الأصوليين بمعنى العلامة على الحكم الشرعي، كدخول الوقت علامة على وجوب الصلاة، وكدخول شهر رمضان علامة على وجوب الصيام، ويستعمله الفقهاء بمعنى الغرض من التصرفات والعقود، سواء أكان غرضا مباشرا كاستهداف البائع أن يستعمل الثمن –بعد الحصول عليه– في استعمالات معينة، مثل استهلاكه، أو استثماره في مشروع من المشاريع.

ولما كان السبب بالمعنى الأصولي يدل على أهداف الله عز وجل من العقود والتصرفات، وهذه الأهداف بدورها تحدد مشروعية السبب بالمعنى الفقهي؛ لما كان الأمر كذلك بات من المناسب أن نتحدث عن النوعين من السبب، وذلك في فرعين:

الفرع الأول: السبب لدى الأصوليين

يعرف الأصوليون السبب بأنه الوصف الظاهر الذي جعله الشارع علامة على حكم شرعي، وهم يقسمون هذا السبب إلى نوعين: سبب مقدور للمكلف؛ كالبيع، والسفر، وسبب غير مقدور للمكلف كدخول الوقت؛ وكلا النوعين يرتب، بفعل الشارع، أثرا شرعيا، فينشأ عن عقد البيع تملك المشتري للمبيع، وتملك البائع للثمن، وينشأ عن عقد النكاح علاقة زوجية بين رجل وامرأة، ويترتب عن السفر إباحة الإفطار في رمضان، وقصر الصلاة الرباعية، وينشأ عن السرقة والجرح والقتل وجوب قطع اليد، والقصاص كعقوبة، وهكذا سائر الأسباب المقدورة للمكلفين؛ تماما، كما ينشأ عن دخول الوقت وجوب الصلاة والصيام ﴿أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمۡسِ﴾[1]، ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُ﴾[2].

١- الإسراء: ٧٨.

٢- البقرة: ١٨٤. وانظر: الموافقات: ج١ ص ١٢٣، والفروق: ج٣ ص ١٤٢، والمستصفى: ج١ ص ٩٣، وعلم أصول الفقه: ص١١٧.

إن جعل الشارع أشياء بوضعية الأسباب لمسببات مترتبة منها يدل على أن الشارع ربط بهذه الأسباب مقاصد محددة له؛ لأن من طبيعة السبب ألا يكون مقصودا إلا لمسببه، فهكذا ربط الشارع بالنكاح، باعتباره سببا، مقاصده في إعفاف الإنسان، وإحصانه، وإيجاد الرحمة والسكن بين الزوجين، ثم تكثير سواد الأمة، حتى تكون الأمة الإسلامية قوية في عددها، متماسكة في بنيانها: ﴿وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾[1]، وقال ﷺ: « تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم»[2]، وقوله: « من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج»[3].

وهكذا أيضا ربط الشارع بعقد البيع مقاصده في تبادل الأموال بين الناس بقصد إشباع الحاجات، وقضاء المصالح على أساس الرضا والتوازن بينهم في الأخذ والعطاء، وعلى أساس المسامحة كذلك، قال تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[4]، وقال ﷺ «رحم الله رجلا سمحا إذا باع، وإذا اشترى، وإذا اقتضى»[5].

ومن هنا جعل الإسلام مكانة مرموقة للتاجر الصدوق الذي يوفر المواد للمسلمين، فيقضي حاجاتهم: «التاجر الصدوق المسلم مع الشهداء يوم القيامة»[6]، وذلك في مقابل الدرك[7] الذي أعده الله للتاجر الفاجر: «يا معشر التجار، إن التجار يبعثون يوم القيامة فجارا، إلا من اتقى الله، وبر، وصدق»[8].

١- الروم: ٢٠.

٢- سنن أبي داود، رقم: ٢٠٥٠.

٣- سنن أبي داود، رقم: ٢٠٤٦، والباءة: القدرة على النكاح ومؤونته.

٤- النساء: ٢٩.

٥- صحيح البخاري بشرح الفتح، ج٤، ص ٣٠٦.

٦- سنن ابن ماجه، رقم: ١٣٩.

٧- الدرك مقابل الدرجة، فالدرجة مراتب في اتجاه الأعلى، والدرك مراتب في اتجاه الأسفل.

٨- سنن ابن ماجه: رقم: ١٤٦.

إن هذه المقاصد المحددة للشارع من وراء الأسباب في العقود، وفي غير العقود، هي التي تضع الإطار العام لمقاصد المكلف عندما يباشر أسبابا مقدورة له كالنكاح والبيع والسفر مثلا، فلا يجوز للمكلف أن تكون له أهداف من وراء العقود والتصرفات مناقضة لأهداف الشارع منها، يقول أبو إسحق الشاطبي (ت ٧٩٠ هـ / ١٣٨٨ م): « قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده (المكلف) في العمل موافقا لقصده (الشارع)، في التشريع، والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة؛ إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم؛ والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله، وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع، ولأن المكلف خلق لعبادة اللّه؛ وذلك راجع إلى العمل على وفق القصد في وضع الشريعة، هذا محصول العباد»[1].

فهذا التوافق والانسجام بين مقاصد اللّه عز وجل في التشريع ومقاصد المكلف المؤمن في التصرفات هو ما يحدد وضعية ومكانة السبب بالمعنى الفقهي.

الفرع الثاني: السبب لدى الفقهاء

السبب بالمعنى الفقهي هو غرض المتعاقد من التعاقد، ففي عقد الكراء، مثلا، الغرض المباشر هو توصل المكتري بالمنفعة في مقابل واجب الكراء، إلا أن هذا المتعاقد قد يكون له هدف أبعد من هذا، فقد يستهدف من كراء منزل اتخاذه محلا للقمار، أو لبيع الخمور والمخدرات، وقد يستهدف اتخاذ المكان مدرسة، أو كتابا قرآنيا، وفي الحالة الأخيرة يتخذ السبب صورة الباعث الدافع إلى التعاقد.

وإذا كان السبب بمعنى الغرض المباشر يندمج لدى الفقهاء المسلمين، عادة، في موضوع العقد، وبذلك تتحدد مشروعية السبب بهذا المعنى من خلال مشروعية المعقود عليه، فإن السبب بمعنى الباعث تتحدد مشروعيته

١- الموافقات: ج٢، ص ٢٤٣.

من خلال توافق دوافع المتعاقد مع مقاصد الشارع جل وعلا؛ بحيث لا يوجد أي تناقض مع هذه المقاصد، لا بصفة صريحة، ولا بصفة التحايل الذي يظهر التوافق الظاهري ويخفي التناقض في الجوهر.

ونفصل القول في هذا بالحديث عن الباعث والتحيل في مطلبين:

المطلب الأول: الباعث

الباعث هو الدافع الذي يحرك إرادة منشئ التصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر[1]. ويشترط لسلامة العقد أن يكون هذا الباعث مشروعا، فلا يناقض مصلحة عامة، وبالتالي لا يناقض قاعدة شرعية، أو مقصدا عاما أو خاصا بعقد معين من مقاصد الشارع في التشريع.

إلا أن الباعث أمر نفسي ذاتي، خارج عن نطاق التعاقد، وإذن فمتى يمكن القول بوجود باعث غير مشروع، هل عندما تدل على ذلك صيغة العقد، أو طبيعة الموضوع، أو حتى عندما تدل على ذلك القرائن المحيطة بالعقد، ولو لم يوجد في الصيغة وطبيعة الموضوع ما يبرر ذلك؟.

في الجواب على هذا يوجد اتجاهان: اتجاه الحنفية والشافعية من جهة، واتجاه الحنابلة والمالكية من جهة ثانية.

يرى الحنفية والشافعية: أن الباعث غير المشروع لا يعتد به إلا إذا ذكر في العقد كالاستئجار على النواح واللهو، أو إذا اقتضته طبيعة الموضوع كاستئجار آلات اللهو والفسوق والأماكن المعدة لذلك؛ أما إذا لم يذكر الباعث في العقد، ولا اقتضته طبيعة الموضوع فلا يعتد به، ويكون العقد صحيحا[2]؛ قال الإمام الشافعي معبرا عن هذا الاتجاه: « أصل ما أذهب إليه: أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم أبطله بتهمة، ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت تفسد البيع؛ وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه،

١- نظرية التعسف في استعمال الحق: ص ٢٠٧.

٢- بدائع الصنائع، ج٥، ص ١٤٤، وتبيين الحقائق: ج٥، ص ١٢٥.

ممن يراه أنه يقتل به ظلما؛ لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه هذا البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمرا، ولا أفسد البيع، إذا باعه إياه لأنه باعه حلالا، وقد يمكن ألا يجعله خمرا أبدا، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحدا أبدا.

وكما أفسد نكاح المتعة، ولو نكح رجل امرأة عقدا صحيحا، وهو ينوي ألا يمسكها إلا يوما أو أقل، لم أفسد النكاح، إنما أفسده أبدا بالعقد الفاسد»[1].

ويرى الحنابلة والمالكية: أن الباعث غير المشروع يؤثر على العقد عندما تدل عليه الظروف والقرائن المحيطة بالعقد، جاء في المغني لابن قدامة: «أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرا محرم»[2]؛ لأن ذلك من التعاون على الإثم والعدوان، والقرآن ينهى عنه ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ﴾[3].

ولقد روي: «أن قيما كان لسعد بن أبي وقاص في أرض له، فأخبره عن عنب: أنه لا يصلح زبيبا، ولا يصلح أن يباع إلا لمن يعصره، فأمر بقلعه، وقال: بئس الشيخ أنا، إن بعت الخمر»[4].

لكن هذا البطلان يتقيد بما إذا علم البائع بباعث المشتري غير المشروع، أو كان باستطاعته أن يعلم ذلك، بكل الظروف المحيطة بالعقد؛ أما إذا لم يعلم بقصد المشتري، أو إذا لم يكن باستطاعته أن يعلم، فيظل العقد صحيحا، حفاظا على استقرار التعامل؛ قال ابن قدامة أيضا: « إنما يحرم البيع ويبطل، إذا علم البائع قصد المشتري ذلك، إما بقوله، وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك؛ فأما إذا كان الأمر محتملا، مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله، أو من يعمل الخل والخمر معا، ولم يلفظ بما يدل على إرادة

١- الأم: ج٣، ص ٧٤.

٢- المغني، ج٤، ص ٢٤٥.

٣- المائدة: ٢.

٤- المغني، ج٤، ص ٢٤٥.

الخمر، فالبيع جائز... وهكذا في كل ما يقصد به الحرام، كبيع السلاح لأهل الحرب، أو لقطاع الطرق، أو في الفتنة،... أو إجارة داره لبيع الخمر فيها، أو لتتخذ كنيسة، أو بيت نار، وأشباه ذلك، فهو حرام، والبيع باطل»[1].

إن الحنفية والشافعية اعتبروا في الباعث غير المشروع الإرادة الظاهرة، أما المالكية والحنابلة فقد اعتبروا الإرادة الباطنة؛ لكنهم احتاطوا لاستقرار التعامل بين الناس، فاشترطوا أن يعلم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع، أو أن يكون باستطاعته أن يعلم، نظرا للظروف المحيطة بالعقد، ونظرا للظروف المحيطة بموضوع العقد.

المطلب الثاني: التحيل

التحيل: هو تقديم عمل ظاهر الجواز بقصد إبطال حكم شرعي.

مثلا: شخص له نصاب من المال تجب فيه الزكاة، ولما كاد أن يمر عليه الحول وهب ماله من آخر، على أساس أن يستوهبه هذا الواهب من الموهوب له مستقبلا، أو على أساس أن يرجع هذا الواهب في هبته عند من يقول بجواز الرجوع في الهبة.

فالهبة هنا عمل مشروع في الظاهر، إلا أن الواهب لم يقصد بهبته الإحسان، كما هو هدف الشارع؛ ولكنه قصد، وعلى خلاف مقصد الشارع؛ أن يفر من أداء الزكاة، ومن ذلك كانت هذه الهبة غير مشروعة وباطلة، لأن باعثها غير مشروع.

ومن أمثلة هذا السبب غير المشروع نكاح التحليل، الذي يعقده شخص على امرأة مطلقة ثلاث مرات، لا بقصد إقامة علاقة زوجية دائمة، كما هو هدف الشارع، جل وعلا، من عقد النكاح، وإنما بهدف تحليل هذه المرأة على زوجها الأول.

ومن هذا النوع أيضا بيع العينة؛ حيث يوسط قاصد إلى الربا عينا مبيعة،

١- المغني، ج٤، ص ٢٤٦.

فيخفي بها قصده إلى الربا، كغرض غير مشروع.

لقد ورد عن الشارع عدة نصوص تمنع التحايل على الشريعة ومقاصدها، فقد قال الرسول ﷺ:

- «لعن اللّه المحلل والمحلل له»[1].

- «يشرب ناس من أمتي الخمر، باسم يسمونها إياه»[2].

- « لا تذهب الليالي والأيام، حتى تشرب فيها طائفة من أمتي الخمر، يسمونها بغير اسمها»[3].

- « ولا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود، فتستحلوا محارم اللّه بأدنى الحيل»[4].

- « قاتل اللّه اليهود، حرم اللّه عليهم الشحم، فباعوه، وأكلوا ثمنه»[5].

- « لعن اللّه اليهود، حرمت عليهم الشحوم، فجملوها، فباعوها»[6].

إن منع الشارع للتحيل في العقود، وإبطاله العقود بسبب ذلك يعود لأمرين هامين:

١- وجود السبب غير المشروع في التصرف عندما ينصرف التقويم إلى تقدير الباعث، ومدى توافقه مع مقاصد الشارع.

٢- وجود المخادعة للشريعة، وللقضاء الإسلامي بإظهار التصرف مموها، وعلى غير حقيقته.

١- سنن أبي داود، رقم: ٦٧٠.

٢- سنن ابن ماجه: رقم: ٣٨٥.

٣- سنن ابن ماجه: رقم: ٣٨٤.

٤- إعلام الموقعين: ج٣، ص ١٦٣.

٥- صحيح الإمام مسلم رقم: ٥٨٣.

٦- صحيح الإمام مسلم رقم: ٥٨٢. وجمل الشحم: أذابه، والجميل: الشحم المذاب.



الباب الثاني
الشرط والأجل في العقود

العقد يتخذ ثلاثة أحوال:

أ- أن يكون عقدا منجزا وبسيطا، والعقد المنجز هو الذي لم يرتبط بشرط ولا بأجل، مثل أن يقول شخص لآخر: بعتك هذه الدار بمبلغ كذا درهما، أو أعرتك هذا الكتاب.

وأثر العقد المنجز يترتب فور تمام الرضا، وبالتعبير عنه بين الطرفين، ففي البيع يتملك المشتري المبيع، ويتملك البائع الثمن، بمجرد تمام الرضا والتعبير، وفي الهبة يتملك الموهوب له موضوع الهبة بمجرد انتهاء مجلس العقد.

في المادة (٢٢٢) من مرشد الحيران: « العقد المنجز ما كان بصيغة مطلقة، غير معلقة بشرط، ولا مضافة إلى وقت مستقبل، وهذا يقع حكمه في الحال».

والعقد البسيط هو الذي لم يقترن بشرط يزيد من التزامات الطرفين أو أحدهما، كاشتراط الرهن أو الكفيل، مثلا.

ب- أن يكون عقدا معلقا على شرط أو مقترنا بالشرط، مثل أن يقول شخص لآخر: إن لم يؤد لك فلان دينك، فأنا كفيل لك به، ومثل أن تشترط الزوجة في عقد الزواج ألا يخرجها زوجها من المدينة التي تم بها العقد.

ج- أن يكون عقدا مضافا إلى زمن مستقبل، مثل أن يكتري شخص منزلا على أساس أن يبدأ تنفيذ العقد من تاريخ لاحق لتاريخ العقد، ومثل أن يوصى شخص لآخر بثلث ماله، فالوصية لا تقع إلا مضافة لزمن مستقبل، هو ما بعد وفاة الموصي.

ونظرا لتشعب دور الشرط والأجل في العقود، فإننا نفصل القول فيهما بعض التفصيل، وذلك في فصلين:

الفصل الأول: الشرط في العقود

قد يكون الشرط ذا دور حاسم في وجود العقد، أو انعدامه، فمن يقول لابنه مثلا: وهبتك مبلغا من المال إن حصلت على الإجازة، يكون قد علق الهبة على تحقق شرط، هو الحصول على الإجازة؛ فإذا لم يتم هذا الحصول على الإجازة لا توجد الهبة، بصفة مطلقة.

وأحيانا يكون الشرط عبارة عن بند في العقد لا يؤثر على وجود العقد بالأساس، كمن يكتري منزلا، ويشترط على المالك أن يرمم زجاج النوافذ، فعقد الكراء في هذه الحالة سيوجد صحيحا إذا توفرت عناصره، ثم يكون المالك مطالبا بتنفيذ الشرط المتفق عليه.

من هنا نرى تقسيم الشرط إلى نوعين: شرط التعليق، وشرط التكميل.

الفرع الأول: شرط التعليق

شرط التعليق هو الواقعة التي يتوقف على تحققها وجود العقد، ويشترط في هذه الواقعة أن تكون معدومة وقت التعاقد، وأن تكون ممكنة الوجود مستقبلا، فإذا قال شخص لآخر: وهبتك سيارتي إن اشتريت أنا أخرى، فالشرط المعلق عليه وجود الهبة هو شراء سيارة أخرى، وهذا الشراء غير موجود حال العقد، وهو ممكن أن يوجد وألا يوجد مستقبلا، فهو خطر على العدم.

فإذا كان الشرط مستحيلا كمن يقول لآخر: وهبتك هذا المال إن انطبقت السماء على الأرض، يكون قد أكد نفي العقد.

وأثر التعليق: أن العقد يكون غير موجود إلا منذ تحقق الواقعة المعلق عليها؛ فمن قال لآخر: وهبتك سيارتي إن اشتريت أخرى، يعتبر في حل من التزام العقد إلا منذ شراء الواهب لتلك السيارة، وقبل أن يشتريها لا حق للموهوب له في المطالبة؛ جاء في مجلة الأحكام العدلية عن العقد المعلق بالشرط (م:٨٢): « المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت شرطه»، كما جاء

في نفس المجلة (م: ١,٤٥٦): «لو قال: وكلتك ببيع فرسي هذا، إذا أتى فلان التاجر إلى هنا، وقبل الوكيل ذلك، انعقدت الوكالة معلقة بمجيء التاجر، فإن أتى كان للوكيل أن يبيع الفرس، وإلا فلا»[١]. إذن فمفعول العقد المعلق يبدأ من تاريخ تحقق الشرط، وليس من تاريخ العقد.

ليست العقود والتصرفات إزاء التعليق بوضع واحد؛ فمن التصرفات ما يجوز فيه التعليق، ومنها ما لا يجوز فيه ذلك، ومذاهب الفقه الإسلامي تختلف في تحديد ما يقبل التعليق وما لا يقبله[٢]

الفرع الثاني: شرط التكميل

هذا الشرط ليس حادثة مستقبلية يتوقف على تحققها وجود العقد، وإنما هو وصف مكمل للمشروط أو للعقد، على غرار ما تكمل الطهارة، باعتبارها شرطا، الصلاة، وعلى غرار ما يكمل الصوم، باعتباره شرطا، الاعتكاف.

فالبائع الذي يبيع عقارا بثمن مؤجل، ويشترط أن يقدم المشتري رهنا بالثمن، أو كفيلا، هذا البائع يكمل بشرطه، ما عقد، وذلك بإيجاد ضمانات من أجل الحصول على الثمن، مادام المشتري قد توصل بالعين المبيعة.

على أساس صفة التكملة عالج الأصوليون الشرط ودوره في المعاملات وغيرها، فاعتبروا الشرط المكمل صحيحا ومؤكدا لأهداف المشروط والعقد، واعتبروا الشرط المناقض لأهداف المشروط باطلا، فمن شرط أن يتكلم في الصلاة كان شرطه باطلا، وكانت صلاته كذلك، ومن شرط في عقد البيع ألا ينتفع المشتري بالمبيع، كان شرطه باطلا مبطلا للعقد، ومن تزوج على أن لا ترثه زوجته إن توفي، أو على ألا يقوم بمصاريف بيت الزوجية، يكون شرطه والعقد الذي ارتبط به باطلين.

وعلى نفس الأساس كذلك، اختلف الأصوليون في الشرط المحايد الذي

١- انظر الفقه الإسلامي لمحمد يوسف موسى: ص ٤٤٠.

٢- الفروق: ج١، ص٢٢٨، والمدخل في التعريف بالفقه الإسلامي: ص ٥٧٨، ونظام تبرعات الشريعة الإسلامية، والفقة الإسلامي لمحمد يوسف موسى، ص ٤٥٢، وإعلام الموقعين، ج٤، ص ١٠٤.

لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، فالبعض ألحقه بالموافق فأجازه، والبعض ألحقه بالمنافي فأبطله[1].

ولم يختلف الفقهاء في هذا عن الأصوليين، فقد انطلقوا، في معالجة الشروط من صفة التكملة كوظيفة للشرط، بالإضافة إلى النصوص الواردة في الشروط عامة، وفي كل شرط باسمه الخاص، ولم يخرج عن هذا الاتجاه إلا الظاهرية الذين عالجوا قضية الشروط من زاوية النصوص الواردة وحدها، دون توسع على أساس المقاصد.

ونفصل القول في الاتجاهين:

المبحث الأول: أساس الشروط لدى المذاهب الأربعة

رغم اتفاق المذاهب الفقهية على اعتبار شروط معينة؛ لأن النص ورد بشأنها كخيار الشرط، مثلا، رغم ذلك تدرجت المذاهب الأربعة في توسيع مساحة الشروط المعتبرة حسب الترتيب التالي، الشافعية، فالحنفية، فالمالكية ثم أوسعها اعتبارا للشروط: الحنابلة.

١- الشافعية:

قال الشافعية: الشروط أربعة أنواع:

أ- ما كان من مقتضى العقد، كأن يشترط المشتري تسليم المبيع، أو أن يشترط انتفاعه بالمبيع كيفما شاء، فهذا شرط يقتضيه العقد، ودور الاشتراط زيادة التأكيد.

ب- ما ليس من مقتضى العقد، ولكن فيه مصلحة لأحد المتعاقدين، كخيار الثلاث، والأجل، والرهن، والكفالة، فهذا النوع من الشروط يصح اشتراطه، لأنه ملائم للعقد، ويصح معه العقد.

ج- ما لا يتعلق به غرض لأحد الطرفين كاشتراط بائع دابة على المشتري ألا يبيعها، أو أن يدعها ترعى حرة في المراعي الواسعة، فهذا الشرط لاغ غير

١-الموافقات: ج٢، ص ١٩٢.

معتبر، ويصح معه العقد.

د- ما كان مناقضا للعقد، كمن يبيع دارا ويشترط سكناها مدة معلومة، وكمن يبيع ثوبا على أن يخيطه البائع، ونعلا على أن يحذوه، فهذا الشرط يبطل، ويبطل معه العقد؛ لما روي عن الرسول، ﷺ: أنه نهى عن بيع وشرط[1].

ويمكن اختصار هذا التقسيم للشافعية إلى ثلاثة:

- شرط صحيح، وهو ما كان من مقتضى العقد، أو ملائما له.
- شرط لاغ، ما لم يكن فيه غرض لأحد المتعاقدين.
- شرط فاسد، وهو ما كان مناقضا لمقتضى العقد.

٢- الحنفية:

وقال الحنفية: الشروط خمسة أنواع:

أ- شرط يقتضيه العقد، ويؤكد هدفه منه « البيع بشرط ما يقتضيه العقد صحيح، والشرط معتبر، لو باع بشرط أن يحبس المبيع إلى أن يقبض الثمن، فهذا الشرط لا يضر البيع، بل هو بيان لمقتضى العقد» (م: ١٨٦ المجلة)، فعقد البيع يقتضي بالأساس توصل المشتري بالمبيع، في مقابل توصل البائع بالثمن، ومن ذلك فاشتراط وسيلة لتحقيق هذا الهدف مطلوبة؛ لأنه مساعدة على تحقيق هدف الشارع، جل وعلا، من العقد.

ب- شرط لا يقتضيه العقد، ولكنه يؤيد العقد، كاشتراط الرهن أو الكفيل في البيع بثمن مؤجل: « البيع بشرط يؤيد العقد صحيح، والشرط معتبر، مثلا: لو باع بشرط أن يرهن المشتري عند البائع شيئا معلوما، أو أن يكفل له الثمن هذا الرجل، صح، ويكون الشرط معتبرا، حتى إنه إذا لم يفِ المشتري

١١-الحديث أخرجه الحاكم والطبراني، إلا أن ابن تيمية قال عنه: ذكره جماعة من المصنفين في الفقه، ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث، وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء، وذكروا أنه لا يعرف، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه. انظر: المجموع: ج٩، ص ٣٦٤، وسبل السلام: ج٣، ص ١٦، ومجموع فتاوى ابن تيمية: ج٢٩ ص ١٣٢.

بالشرط، فللبائع فسخ العقد، لأن هذا الشرط مؤيد لتسليم الثمن، الذي هو مقتضى العقد» (م: ١٨٧ المجلة).

ج- شرط ليس من مقتضيات العقد، ولا من مؤيداته، ولكنه جرى به العرف، فاطمأن الناس إلى التعامل به، كمن يشتري آلة تلفاز، أو مدفأة بشرط تركيبها في المنزل أو في المكان المعد لذلك، فهذا الشرط صحيح مراعاة للعرف؛ لأن جريان العرف بشرط في مجتمع مسلم ذي رأي عام إسلامي فاضل، دليل على الصلاحية: « الشرط بشرط متعارف، وهو الشرط المرعي في عرف البلدة، صحيح، والشرط معتبر، مثلا: لو باع الفروة على أن يخيط بها الظهارة[1]، أو القفل على أن يسمره في الباب، أو الثوب على أن يرقعه، يصح البيع، ويلزم على البائع الوفاء بهذه الشروط» (م: ١٨٨ المجلة).

د – شرط ليس من الأنواع الثلاثة، وفيه نفع لأحد المتعاقدين، أو لطرف ثالث، كأن يبيع شخص أرضا، ويشترط أن يزرعها هو أو شخص ثالث مدة سنة من تاريخ العقد، هذا الشرط فاسد، ومفسد للعقد: «الشرط الذي لا يكون من مقتضيات العقد، ولوازمه، ولا مما يؤكد موجبه، ولا جرى به العرف، وكان به نفع لأحد العاقدين، أو لآدمي غيرهما فهو فاسد» (م: ٢٢٨ مرشد الحيران).

هـ- شرط ليس من الأنـواع الثلاثة، وليس فيه نفع لأحـد العاقدين، أو لطرف ثالث، هذا الشرط يعتبر لاغيا، والعقد يظل صحيحا: «البيع بشرط ليس فيه نفع لأحد العاقدين يصح، والشرط لغو، فبيع الحيوان على ألا يبيعه المشتري لآخر، أو على شرط أن يرسله إلى المرعى صحيح، والشرط لغو» (م: ١٨٩ المجلة).

ويمكن إرجاع هذه القسمة الخماسية إلى ثلاثة:

- شرط صحيح، وهو ما يقتضيه العقد، أو يلائم العقد، أو جرى به العرف

١١-الظهارة بكسر الظاء: ما يظهر ضد البطانة، كالسرج والبردعة.

بين أرباب الحرف والتجار والصناع.

- شرط لاغ، وهو ما لم يكن به نفع لأحد، ولم يكن في الأنواع الثلاثة.

- شرط فاسد، وهو ما لم يكن من الأنواع الثلاثة، وبه نفع لأحد المتعاقدين أو لطرف ثالث.

٣- المالكية:

قال هؤلاء: الشروط ثلاثة أقسام:

أ- شرط يقتضيه العقد، كاشتراط الزوج في عقد النكاح أن ينفق على زوجته، أو على أن يكون بين الزوجين توارث، وكأن يشترط المشتري تسليم المبيع ورد المبيع إذا ظهر به عيب، فهذا الشرط صحيح؛ لأنه يؤكد الهدف من العقد.

ب- شرط يناقض مقتضى العقد، كشرط ألا ينفق على زوجته، أو على أنه لا توارث بين الزوجين، وكأن يشترط البائع على المشتري ما فيه تحجير على تصرفه في المبيع، مثل ألا يبيع المشتري ما اشتراه، فهذا الشرط فاسد، ومفسد للعقد. إلا أن المالكية يجيزون من الشروط المنافية لمقتضى العقد ما ورد النص باستثنائه من القاعدة العامة؛ ومن ذلك:

- شروط الثنيا، أو الاستثناء، كأن يبيع شخص حقلا، ويستثني عدة شجيرات يتركها على ملكيته، بشرط أن تكون هذه الشجيرات معلومة العدد؛ لما ورد عن جابر بن عبد الله قال: « نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة وعن الثنيا إلا أن تعلم»[1].

- شرط منفعة المبيع مدة معلومة بعد العقد، كمن يبيع دابة أو سيارة ويشترط ركوبها، أو استعمالها مدة معلومة بعد العقد، أو أن يقطع بها مسافة محددة، لما ورد عن جابر بن عبد الله أيضا: « أنه باع من النبي ﷺ

١١-سنن أبي داود، رقم: ٣٤٠٥ ونيل الأوطار: ج٥، ص ١٧١، وانظر: الالتزامات للحطاب ضمن كتاب فتح العلى المالك: ج١، ص ٣٣٢، وانظر كذلك الفصل ٣٨ من مدونة الأحوال الشخصية بالمغرب.

بعيرا، واشترط ظهره إلى أهله»[1].

ج – شرط ليس من مقتضى العقد، ولا ينافيه، وفيه غرض لأحد الطرفين؛ مثل أن تشترط المرأة على زوجها ألا يخرج بها من مدينتها أو قريتها، مثل هذا الشرط لا يفسد به العقد، ولا يلزم الوفاء به، فهو شرط لاغ، لا اعتبار له.

جاء عن الرسول ﷺ: « إن أحق الشروط أن يوفى بها ما استحللتم به الفروج»[2]، إلا أن الفقه فهم من هذا الحديث: أن المراد به ما كان من مقتضى العقد، كالعشرة بالمعروف والإحسان؛ ولذلك لما رفعت إلى الخليفة عمر بن الخطاب قضية شرطت فيها الزوجة على الزوج ألا يخرجها من دارها، قال عمر: « المرأة مع زوجها»[3]، فألغى الشرط، وصحح العقد، ولقد روى الإمام مالك في الموطأ: « أن سعيد بن المسيب سئل عن المرأة تشترط على زوجها ألا يخرج بها من بلدها؟ فقال سعيد بن المسيب: يخرج بها إن شاء »[4].

٤– الحنابلة:

وقال الحنابلة: الشروط نوعان: صحيح وفاسد.

أ– والشرط الصحيح هو:

١– ما كان من مقتضى العقد، كشرط التقابض، أو كون الثمن حالا.

٢– ما كان يحقق مصلحة للعقد، كاشتراط الضمان أو الرهن في البيع المؤجل.

٣ – ما ورد نص بجوازه كشرط الثنيا المعلومة في البيع، واشتراط منفعة المبيع مدة معلومة، مما هو من قبيل اجتماع شرط واحد مع العقد، لأن

٢١–سنن الترمذي: رقم: ٢٧١. وصحيح البخاري بشرح الفتح: ج ٥، ص ٣١٤.

٢–سنن الترمذي: رقم: ١٣٧.

٣–تحفة الأحوذي: ج٤، ص ٢٧٦.

٤–موطأ مالك برواية يحيى: ص ٥٣٠.

المنهي عنه هو اجتماع عقد وشرطين، قال الرسول، ﷺ: « لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا بيع ما ليس عندك»[1].

ب- والشرط الفاسد هو:

١- أن يشترط أحد الطرفين على الآخر عقدا آخر، مثل البيع أو القرض، أو الإجارة، مثل أن يقول بائع لمشتر: أبيعك عقاري على أن تبيعني عقارك، أو تكريني إياه، أو على أساس أن تعمل عندي أجيرا في عمل معين، أو على أن تقرضني مبلغا معينا من المال، فهذا الشرط فاسد، ويفسد العقد على الراجح من القوانين، لنهي الرسول ﷺ كما سبق، عن اجتماع البيع والسلف، ولنهيه ﷺ عن اجتماع صفقتين من صفقه واحدة باعتبار أن ذلك وسيلة إلى الاستغلال من جهة، ووسيلة إلى الغرر من جهة ثانية؛ حيث لا يعلم ما يقابل العقد في العوض، وما يقابل الشرط، أو العقد الآخر المشترط؛ قال أبو هريرة: « نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة »[2]. وقال عبد الله بن مسعود: نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة[3].

٢ – أن يشترط شرطا منافيا لمقتضى العقد، لم يرد نص بجوازه[4].

ويبدو من هذا الاستعراض السريع:

– أن المذاهب الأربعة تشترك في اعتبار الشرط الذي يقتضيه، أو يؤيد العقد، أو يلائمه، لأن اعتبار هذا النوع من الشروط يعد من مقاصد الشريعة.

– وأن هذه المذاهب تشترك في عدم اعتبار الشروط المناقضة لمقتضى العقد، ما لم يرد نص بالاستثناء؛ وذلك لأن اعتبار هذا النوع من الشروط هو مناقضة لمقاصد الشارع في وضع التشريعات، وبالتالي مناقضة لمفهوم

١-سنن النسائي، ج٧، ص ٢٨٨، والمجموع، ج٩، ص ٣٧٦، والمبدع ج٤، ص ٥١.

٢-سنن الترمذي، رقم: ٢٤٩. وموطأ مالك بشرح الزرقاني، ج٣، ص ٣١١.

٣-تحفة الأحوذي، ج٤، ص ٤٢٨.

٤-المبدع: ج٤، ص ٤٢٨.

العبادة كواجب عام.

إلا أن الاختلاف يظل بعد ذلك في إلحاق جزئيات معينة بهذا الصنف أو ذاك، نظرا لاختلاف أصول المذاهب، كاعتبار الحنفية للشروط التي جرى بها العرف، أو نظرا للأخذ بنص معين، لم يصح لدى الآخرين، أو فهمته مدرسة فقهية فهما مخالفا لما أدرك منه الآخرون، كما هو الحال في أخذ الشافعية بإلغاء شرط المنفعة في بيع الدار، مثلا.

المبحث الثاني: أساس الشروط لدى الظاهرية

هذا، وإذا كانت المذاهب الأربعة قد أخذت في الشروط بفكرة التكملة كمقصد من مقاصد الشارع، فإن الظاهرية قد أخذوا هنا بالنص المجرد، فلم يجيزوا من الشروط إلا ما ورد النص بجوازه، انطلاقا من الفهم الحرفي لقول الرسول ﷺ: « ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن اشترط مائة شرط، شرط الله أحق وأوثق »[1].

ومن ذلك أجاز الظاهرية في البيع مثلا شروطا خمسة؛ لأن النص ورد بشأنها في كتاب الله أو في سنة رسوله ﷺ، ومنعوا ما سواها، والشروط الخمسة هي:

١- اشتراط البائع تقديم الرهن، لقول الله عز وجل: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[2].

٢- اشتراط تأخير أداء الثمن إلى أجل مسمى، لقول الله عز وجل: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾[3].

٣- اشتراط صفات محددة في المبيع لقول الله عز وجل: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ

١- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج٤، ص ٣٧٠، وانظر المحلى: ج٨ ص ٤١٢.

٢- البقرة: ٢٨٣.

٣- البقرة: ٢٨٢.

﴿ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[1]، والتراضي بطبيعته ينصب على صفات في المبيع، أو في الثمن.

٤- اشتراط البائع أو المشتري أن يكون له الخيار لمدة ثلاثة أيام، لقول الرسول ﷺ لحيان بن منقذ: « إذا بايعت فقل: لا خلابة، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فاردد »[2].

٥- اشتراط البائع أو المشتري أن تكون له الثمرة في بيع نخل مؤبر، لقول الرسول ﷺ: « من باع نخلا قد أبرت، فثمرتها للبائع، إلا أن يشترطها المبتاع »[3].

هذا، باختصار، موقف الشريعة من الشروط المقترنة بالعقد، في نصوص الإسلام الأصلية، وفي التفسيرات التي قدمتها المذاهب الفقهية، وبقي علينا أن نرى موقفها من العقود بالأجل.

١- النساء: ٢٩.

٢- سنن أبي داود، رقم: ٣٥٠٠، وسنن الترمذي، رقم: ١٢٥٠، وفتح الباري،ج٤، ص ٣٣٧، والخلابة: الخداع.

٣- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج٤، ص ٤٠١، وتأبير النخل: تلقيحه، ليكون ثمره أجود.

الفصل الثاني: الأجل في العقود

الأجل موعد يرتبط به العقد، إما لبداية مفعول العقد، كمن يقول لآخر: إن حل شهر يوليو في سنة ٢٠١٠، أعرتك منزلي بالشاطئ، وإما لنهاية مفعول العقد كمن يقول لآخر أيضا: أعرتك سيارتي ثلاثة شهور من يونيو حتى أغسطس من سنة ٢٠١٠.

وقد يكون الأجل مرتبطا بتنفيذ العقد، كتأجيل الثمن، وتقسيطه، أو تأجيل المثمن، كما هو الحال في السلم.

وإذن فهناك أنواع ثلاثة من الآجال:

- أجل يتصل ببداية مفعول العقد.
- وأجل يتصل بنهاية مفعول العقد.
- وأجل يتصل بكيفية تنفيذ العقد.

ونعالج كلا منها في فروع ثلاثة:

الفرع الأول: أجل يتصل ببداية مفعول العقد

هذا النوع يرتبط بالعقد في بداية المفعول، حيث يسمى العقد في هذه الحالة بالعقد المضاف.

والعقد المضاف هو الذي ينعقد بتاريخ التعاقد، ولكن مفعوله لا يبدأ إلا من تاريخ لاحق، منصوص عليه في العقد.

ومن الأمثلة الشائعة للعقد المضاف عقد إجارة النقل، حيث يتم العقد بتاريخ الحصول على التذكرة، ولكن المفعول قد يبدأ بعد ذلك، في اليوم والساعة اللاحقين والمحددين في صلب التذكرة.

قالت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: «استأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلا من بني الديل، هاديا خريتا، وهو على دين كفار قريش،

فدفعا إليه راحلتيهما، وواعداه غار ثور، بعد ثلاث ليال، فأتاهما براحلتيهما صبح ثلاث »[1].

فالرسول ﷺ وأبو بكر عقدا الإجارة، وجعلاها مضافة إلى ما بعد ثلاث ليال، بحيث انعقدت الإجارة بتاريخ العقد، ولكن المفعول لم يبدأ إلا منذ اليوم الرابع.

جاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ٤٠٨): « الإجارة المضافة إيجار معتبر من وقت معين مستقبل، مثلا: لو استؤجرت دار بكذا نقودا، لكذا مدة، اعتبارا من أول الشهر الفلاني الآتي، تنعقد إجارة مضافة».

والعقد المضاف يختلف عن العقد المعلق الذي سبق الحديث عنه؛ فهذا الأخير لا وجود له إلا منذ تحقق الشرط المعلق عليه؛ لأن التعليق مرتبط بالاحتمال، بينما العقد المضاف هو عقد موجود بتاريخه؛ لأن الإضافة إلى وقت مستقبل تخلو من الاحتمال، وتتصف باليقين، وبذلك كان مفعول العقد وحده هو الذي يتأخر عن تاريخ العقد إلى حلول أجل مستقبل.

جاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ٤٤٠): « الإجارة المضافة صحيحة، وتلزم قبل حلول وقتها؛ بناء عليه، ليس لأحد العاقدين فسخ الإجارة بمجرد قوله: ما آن وقتها ».

هذا وإن العقود ليست بمنزلة واحدة إزاء الإضافة، فالحنفية -مثلا- يقسمون العقود، بهذا الاعتبار، إلى ثلاثة أنواع:

أ - فهناك عقود لا تقع إلا مضافة لزمن مستقبل،كالوصية بمال لشخص، والإيصاء لشخص بالنيابة عن الموصي في الإشراف على شؤون أولاده وأقاربه؛ فهذان العقدان لا يقعان إلا مضافين لزمن مستقبل، وهو ما بعد وفاة الموصي.

١- صحيح البخاري بشرح الفتح: ج٤ ص ٤٤٣. والخريت بخاء مكسورة، وراء مشددة: الدليل الحاذق، الذي يهتدي إلى الطرق الخفية بين الشعاب.

ب – ما لا تصح فيه الإضافة، وهو كل عقد يفيد التمليك في الحال، كالبيع، والهبة، والإبراء من الدين، ويلحق بها النكاح؛ وذلك لأن الأجل هنا ينافي طبيعة هذه العقود في إحداث أثرها فور تمام التعاقد.

ج – ما تصح فيه الإضافة، ويصح فيه التنجيز معا، وهو ما يتصل بتمليك المنافع، كالإجارة، أو ما هو إسقاط لحق كالطلاق والوقف، أو ما هو إطلاق ليد الغير في التصرف كالوكالة والقضاء والإمارة.[1]

الفرع الثاني: أجل يتصل بنهاية مفعول العقد

هذا النوع من الأجل يعتبر توقيتا للعقد؛ حيث يتحدد مفعوله داخل مدة محددة، ينتهي المفعول بنهايتها، وغالبا ما يستعمل هذا الأجل في الإجارة، والإيجار أي الكراء؛ فقد يستأجر شخص آخر للعمل مدة شهر واحد، محدد البداية والنهاية، وقد يؤجر شخص منزله مدة شهر، أو ثلاثة أو أياما معدودة، كما هو الحال في كراء المصايف والفنادق.

ومن الأمثلة المستعملة للعقد المؤقت الكفالة، فقد يكفل شخص مدينا، خلال مدة معينة؛ بحيث لا يطالب الكفيل بالأداء إلا خلال هذه المدة، ويبرأ الكفيل إذا مرت تلك المدة، جاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ٦٣٩): «لا يطالب الكفيل، في الكفالة المؤقتة، إلا في مدة الكفالة. مثلا: لو قال: أنا كفيل من هذا اليوم إلى شهر، لا يطالب الكفيل إلا في ظرف هذا الشهر، وبعد مروره يبرأ من الكفالة».

إن العقود إزاء التوقيت نوعان:

أ – ما لا يقبل التوقيت مطلقا، ويضم العقود التي تفيد التمليك أو التأبيد في الحقوق، كالبيع، والهبة، والنكاح، والوقف، فالتوقيت ينافي طبيعة هذه العقود.

١– تبيين الحقائق: ج٤ ص ١٣٤، ودرر الحكام: ج٢، ص ٢٠٢، والمدخل في التعريف بالفقه الإسلامي: ص ٥٧٦، والفقه الإسلامي لمحمد سلام مذكور، ص ٥٢٠، والمادتان: ٢٢٣ – ٢٢٤ من مرشد الحيران.

ب – ما يقبل التوقيت، ويضم العقود التي لا تفيد التمليك ولا التأبيد في الحق، كالعقود الواردة على المنافع، مثل الإعارة، والإجارة، وكعقود النيابة، مثل الوكالة، وكعقود تقديم المساعدة مثل الكفالة[١].

الفرع الثالث: أجل يتصل بكيفية تنفيذ العقد

نتحدث أولا عن فعالية الأجل، ثم عن انتهاء الأجل وسقوطه، وذلك في مبحثين:

المبحث الأول: فعالية الأجل

الأجل هنا عبارة عن تأخير الأداء في الثمن، كمن يبيع سلعة على أساس ألا يؤدى المشتري الثمن إلا بعد ثلاثة أشهر، أو أن يؤديه مقسطا على عدة شهور، في كل شهر تؤدي حصة من الثمن.

وقد يكون التأخير في المثمن كمن يؤدي ثمن طن من القمح في فصل الشتاء على أساس أن يتسلم قمحه خلال موسم الحصاد في الصيف.

وثالثا: قد يكون التأخير في أنواع أخرى من الديون كالقرض؛ أصل هذا الأجل قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾[٢]، وقول عائشة رضي الله عنها « أن النبي ﷺ اشترى طعاما نسيئة من يهودي، إلى أجل، ورهنه درعا له من حديد» [٣].

يكون هذا الأجل في عقد البيع بمختلف أنواعه: « البيع مع تأجيل الثمن وتقسيطه صحيح » (م: ٢٤٥ المجلة) ولا يستثنى من البيوع إلا ما كان من جنس الربويات التي يشترط فيها التقابض الفوري.

ويحتسب الأجل في عقد البيع ابتداءً من تاريخ تسليم المبيع، لا من تاريخ العقد، مثلا: لو باع متاعا على أن ثمنه مؤجل إلى سنة، فحبسه البائع

١– النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ص ٤٧٤.

٢– البقرة: ٢٨٢.

٣– صحيح مسلم، رقم:٦٠٣.

عنده سنة، ثم سلمه للمشتري، اعتبر أول السنة، التي هي الأجل، من يوم التسليم، فليس للبائع حينئذ أن يطالبه بالثمن إلا بعد مضي سنة من يوم التسليم، وسنتين من حين العقد (م: ٢٥٠ المجلة) كما يكون الأجل في عقد النكاح بتأجيل المهر كله أو بعضه « يجوز تعجيل المهر أو تأجيله لأجل مسمى، كلا أو بعضا حين العقد، يجب المهر كله أو بعضه عند الدخول» (الفصل ٢٠ من مدونة الأحوال الشخصية بالمغرب).

مهما يكن، فالمشترط أن يكون هذا الأجل معلوما، يمنع التنازع، ويحول دون الغرر في المعاملات، لقول الرسول ﷺ: « من أسلف في تمر، فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم »[1].

إلا أنه يجوز عند الحاجة، واستثناء من القاعدة العامة، أن يؤجل الدين إلى الميسرة، لورود النص عن رسول الله ﷺ بذلك، قالت أم المؤمنين عائشة، رضي الله عنها: « قلت: يا رسول الله، إن فلان قدم، له بز من الشام ، فلو بعثت إليه، فأخذت منه ثوبين نسيئة إلى ميسرة، فبعث إليه فامتنع »[2].

وتتحدد معلومية الأجل بتحديد وقت الأداء تحديدا كافيا كالشهور القمرية والشمسية، وطلوع الشمس وغروبها، وطلوع القمر وغروبه؛ مما يعتبر مزيلا للجهالة في نظر الشارع، وفي نظر المتعاقدين: ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ ۖ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ ﴾[3].

إلا أن الإمامين مالكا وأحمد يجيزان تحديد الأجل بوقت الحصاد والدياس، وإن كان تحديدا غير دقيق؛ لأنه قد يتقدم وقت الحصاد، مثلا، بوجود الهواء الساخن، وصحو الجو، وقد يتأخر بنزول المطر؛ وحجة

١- صحيح مسلم، رقم: ١٦٠٤.

٢- سبل السلام، ج٣، ص٤٧، وأخرجه الحاكم والبيهقي، ورجاله ثقات، والبز بفتح الباء ثياب من الكتان أو القطن.

٣- البقرة: ١٨٩.

الإمامين خفة الغرر الناتج عن هذا النوع من الآجال [١].

المبحث الثاني: انتهاء الأجل وسقوطه

ينتهي الأجل بانتهاء المدة المتفق عليها بين طرفي العقد؛ فإذا اتفق البائع والمشتري على أن يتم الأداء خلال ثلاثة أشهر من تاريخ البيع، ومرت هذه الثلاثة أشهر، يكون أجل الأداء قد انتهى، ويصبح المشتري ملزما بالأداء فورا.

أما سقوط الأجل فيكون بعدة عوامل:

١- اتفاق الطرفين على إسقاط الأجل، كما لو أسقط الطرفان في المثال السابق، أجل الثلاثة أشهر، أو رداها إلى شهر واحد بعد مرور هذا الشهر.

٢- بطلان العقد الأصلي الذي يرتبط به الأجل، كما إذا كان هناك أجل لتسليم الثمن في عقد البيع، ثم ظهر في المبيع عيب رد بسببه إلى البائع، فبطل البيع، هنا يبطل الأجل كتابع لعقد البيع.

٣- تنازل المدين عن الأجل؛ ذلك أن الأجل من حق المدين، فهو المستفيد منه، ولهذا فإذا تنازل عنه يصبح الدين حالا؛ لكن يشترط لإلزام الطرف الآخر بقبول حقه قبل حلول أجله ألا يكون في هذا القبول ضرر عليه، كأن يكون موضوع الأجل مما يلاحقه الفساد، إذا سلم قبل الوقت المشترط، كالفواكه، مثلا، أو كان يحتاج الموضوع إلى مؤونة كالحيوان.

٤- موت المدين لدى الأئمة الثلاث الذين يرون: أن الديون تحل بالموت، فيسقط الأجل، بحجة أن الورثة يحلون محل المورث، في التركة، فيما يفيض عن أداء الديون، ولأن الرسول ﷺ يقول: « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه » [٢]، ومن هنا يجب على الورثة تخليص متوفاهم من آثار ديونه، وما ذاك إلا بسقوط الأجل، ومباشرة الأداء فور الوفاة.

١- المحلى: ج٨، ص ٤٤٥، والمجموع: ج٨، ص ٣٤٠.

٢-سنن ابن ماجة، رقم: ٢٤١٣.

ويرى الإمـام أحمد في أحد رأييه: أن الديون لا تحل بالموت، وأن الأجل الذي كان للموروث ينتقل إلى ورثته؛ لأن الرسول ﷺ يقول: « من ترك حقا أو مـالا، فلورثته »، والحق يشمل كل ما يمكن الاستفادة منه، ومن ذلك الآجال.

إلا أن الإمـام أحمد يشترط لعدم سقوط الأجل بالموت أن يقوم الورثة بتوثيق الديون التي على التركة، إما بوثيقة عينية وهي الرهن، أو بوثيقة شخصية وهي الكفالة، فإذا لم يقدم الورثة هذا التوثيق سقط الأجل، وحل الدين[١].

وبالمقابل، فإن موت الدائن لا يؤثر على الأجل، ويتنزل الورثة منزلة الدائن في انتظار حلول الأجل للمطالبة بالأداء.

٥- إفلاس المدين: حيث يرى الإمام مالك أن الأجل يسقط عند صدور الحكم بالحجر على المفلس؛ لأن الديون عندئذ تنتقل من ذمة المدين إلى المال نفسه، جاء في مختصر خليل ابن إسحاق عن الفلس: «وحل به وبالموت ما أجل».

وللشافعية والحنابلة هنا رأيان: الأول: يقول بسقوط الأجل بالإفلاس، والثاني يرى: أن الإفلاس لا يؤثر على الأجل؛ لأن الأجل من حقوق المفلس، ولا تأثير للإفلاس على الحقوق.

أما الحنفية فلا يرون الحجر على المفلس، ومن ثم تنتفي آثار هذا الحجر في الأجل، وفي غير الأجل.

وبالمقابل أيضا فإن الديون التي للمفلس على الغير لا تحل بفلسه[٢].

١-المغني: ج٤ ص٤٨٢، وشرح الخرشي: ج٥ ص٢٣٣، والبدائع: ج٥ ص ٢١٣، والأم: ج٣ ص٢١٢، والموسوعة: ج٣ ص ٤٢.

٢- المغني: ج٤ ص ٤٨١، وشرح الخرشي: ج٥، ص ٢٦٧.



الباب الثالث

النيابة في التعاقد

للعاقد صفتان: أن تكون له أهلية الأداء كاملة، وأن تكون له الولاية، بمعنى السلطة في مباشرة العقد، حتى تترتب عنه آثاره.

والأشخاص إزاء الولاية والأهلية ثلاثة:

- شخص له الأهلية، وله الولاية، كالعاقد البالغ العاقل الذي بلغ سن الرشد، فهذا ذو أهلية لمباشرة التصرفات، وذو ولاية في شؤون نفسه؛ فله أن يبيع ويشتري، وعقوده صحيحة ترتب آثارها.

- وشخص فاقد للأهلية، وفاقد للولاية، كالمجنون والصغير غير المميز، فهذا لا يتوفر على أهلية الأداء، وبالتالي لا يتوفر على الولاية لمباشرة التصرفات، وإن باشرها كانت دون أثر.

- وشخص كامل الأهلية، ولكنه ليس ذا ولاية لمباشرة التصرفات، كالعاقد الرشيد الذي يبيع مال الغير، أو الأجنبي الذي يعقد زواج امرأة مع وجود أوليائها [1].

ويبدو أن الولاية تندمج في الأهلية، وهذا واضح في عدد من الحالات، إلا أن ما يميز بينهما: أن الأهلية تنبع من صفات تتصل بالشخص في ذاته، بينما الولاية تعتمد علاقة الشخص بموضوع التصرف.

تكون الولاية ذاتية كما هو الحال في ولاية الشخص على نفسه، وتكون متعدية، تفيض عن الأولى، وهي ولاية الشخص على الغير، كما هو الحال في ولاية الأب، مثلا، على ابنه.

والولاية المتعدية نفسها نوعان: ولاية على نفس الغير، وتشمل رعاية هذا الغير في بدنه، وتربيته، وتعليمه، وتزويجه؛ وولاية على مال الغير، وتشمل القيام على تنمية مال الغير واستثماره، والتعاقد بشأنه على مختلف المستويات.

ومصدر الولاية، كسلطة، يختلف بين حالة وأخرى، فمصدر الولاية في

١- بداية المجتهد: ج٢، ص١٠.

سلطة الأب على ابنه هو الشرع، التي رتب على علاقة الوالدية حق وواجب الأب في العناية بابنه بدنا، وتعليما، ومالا، إن كان؛ بينما مصدر ولاية الوكيل في التعاقد باسم الموكل ولصالحه، هو الاتفاق بين الطرفين؛ إذن فمصدر الولاية هو إما الشرع، وإما الاتفاق.

ومهما يكن فالولي على الغير يشترط فيه أن يكون وليا على نفسه، أولا؛ لأن فاقد الشيء لا يعطيه، كما يقال، ولهذا يشترط في الولي على الغير أن يكون رشيدا كما يشترط فيه، أيضا، أن يكون متحد الدين مع المولى عليه، فلا يولى مسيحي أو يهودي وبالأحرى مشرك على مسلم، لقول الله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾[1]. ولقوله عز وجل: ﴿كَيْفَ وَإِن يَظْهَرُواْ عَلَيْكُمْ لَا يَرْقُبُواْ فِيكُمْ إِلًّا وَلَا ذِمَّةً ﴾[2].

معنى هذا كله: أن العقد إما أن يباشره المعني بالأمر، وهذه الحالة هي القاعدة، وإما أن يباشره نائب عن المعني بالأمر الأصيل، وهذا النائب إما أن يستمد ولايته من الشارع، جل وعلا، كما هو الحال في ولاية الأب على أبنائه، وكما هو الحال في ولاية القاضي على المحجورين بعامة، وإما أن يستمد ولايته من الاتفاق بين الولي والمولى عليه، كما هو الحال في الوكالة.

إلا أن شخصا ما قد يباشر تصرفا لمصلحة الغير، بدون إذن، ثم يبدو للمستفيد من التصرف: أن يقر ما أجراه الغير لمصلحته، وهنا تصبح الإجازة اللاحقة للتصرف، وكأنها وكالة سابقة، وهذه حالة الفضولي.

وإذن فالنيابة في التعاقد ثلاثة أنواع: نيابة شرعية، ونيابة اتفاقية، وفضالة، ونعالج كلا منها في فصل، مضيفين فصلا رابعا في وحدة العاقد الذي يتولى العقد عن الطرفين معا.

١-النساء: ١٤٠.

٢-التوبة: ٨. والإل بكسر ولام مشددة: عهد الحلف أو رابطة القرابة.

الفصل الأول: النيابة الشرعية

النيابة الشرعية معناها: أن شخصا ينوب عن الآخر في إجراء العقود والتصرفات بعامة بناء على أوامر الشريعة الملزمة؛ وذلك كالأب فيما يخص أبناءه، والقاضي فيما يخص القاصرين وفاقدي الأهلية. ومبنى هذه النيابة أساسان: الرحمة، والرعاية المسؤولة.

يقسم الفقه النيابة الشرعية إلى قسمين:

- ولاية، بالمعنى الأخص، وهي للقرابة والقضاء.

- ووصاية، وهي لغير القرابة والقضاء، ممن يوصي لهم الأب أو يعينهم القضاء لمهمة النيابة عن الصغار والمحجورين.

يميز الفقه، أيضا، بين الوصي الذي يختاره الأب، ويسميه الوصي المختار، وبين الوصي الذي يعينه القضاء إن لم يكن الأب قد اتخذ المبادرة في حياته، ويسميه الفقه بالوصي المنصوب، أو وصي القضاء، ويسميه الفقه المالكي بالمقدم.

ونعالج الأنواع الثلاثة للنيابة الشرعية في فرعين: الأول للولاية، بالمعنى الأخص، والثاني للوصاية والتقديم.

الفرع الأول: الولاية بالمعنى الأخص

الولاية بالمعنى الأخص، هي سلطة مخولة للأب وللقضاء، نابعة من رابطة الوالدية، ومن البيعة كعقد سياسي وتأسيسي ينظم علاقات المحكومين والحاكمين في المجتمع المسلم؛ ذلك لأن القضاء يستمد سلطته في هذا المجال من الإمام، والإمام، بمقتضى عقد البيعة، مطوق بواجب حماية الصغار والضعفاء، لقول الله، عز وجل: ﴿ ٱلنَّبِيُّ أَوۡلَىٰ بِٱلۡمُؤۡمِنِينَ مِنۡ أَنفُسِهِمۡۖ ﴾[1].

وإذا كانت ولاية الأب مرتبطة بالوالدية، ومن ثم فهي خاصة بمن له عليه هذه الوالدية، فإن ولاية القاضي عامة؛ لأنها ناتجة عن البيعة، وهذه تعم كل

١-الأحزاب: ٦.

المتساكنين في بقعة محددة من الأرض؛ ولذلك كانت الأسبقية في الممارسة للولاية الخاصة، ولاية الأب، واقتصرت ولاية القضاء على الإشراف والمراقبة.

فالقاضي له الحق في أن ينزع يد الأب عن مال ابنه، إذا كان الأب فقيرا، ورأى من المصلحة نزع يد الأب، كما أن للقاضي، فيما إذا خشي من سلوك الأب على مال الابن، حتى ولو كان الأب غنيا، أن يعين على الأب مشرفا، يرجع إليه الأب كمستشار، ويراقب أعمال الأب؛ ليخبر بذلك القضاء في الإبان، قصد اتخاذ إجراءات الحماية اللازمة، حفاظا على مال الصغير.

ونظرا لأن الأبوة لها في العادة ما يكفي من الحنو للحفاظ على مصلحة الصغير، كان للأب سلطات واسعة للتصرف في أموال الصغير، فيما عدا التصرفات الضارة ضررا محضا، كالهبة والوقف [١]، فله أن يبيع منقولا أو عقارا من أموال الابن الصغير، وله أن يشتري من مال ولده، كما له أن يرهن ويرتهن من ذلك المال[٢].

الفرع الثاني: الوصاية والتقديم

الوصي يستمد سلطته من عهد الأب له بالمهمة، والمقدم يستمد سلطته من القضاء، وقد راعى الشارع انتفاء علاقة القرابة في كل منهما، فحدد ما منحهما من سلطات، ووضع عليها من القيود ما رآه كافيا لضمان مصلحة الأيتام والمحجورين.

- فالوصي والمقدم يجوز لهما بيع منقولات المحجور؛ لأن المنقولات غالبا ما يلاحقها الفساد والبلى، ومن ذلك فبيعها من مصلحة القاصر، حتى تتحول إلى نقود.

- إلا أيا من الوصي أو المقدم لا يجوز له أن يبيع عقار المحجور

١-التصرفات النافعة نفعا محضا كقبول الهبة، مثلا، تجوز من الأب ومن الوصي والمقدم، دون حاجة إلى إذن القضاء، إلا إذا كان في ذلك شروط مرهقة فيكون الإذن ضروريا.

٢-مختصر خليل بشرح الخرشي: ج٥ ص ٢٩٧.

إلا بشرطين:

أ- أن يحصل الوصي أو المقدم، مثلا، على إذن من القضاء بهذا البيع.

ب- أن تتوفر لدى القضاء - مسبقا - مبررات إعطاء الإذن بالبيع، وهذه المبررات هي جملة شروط منها:

١- أن الضرورة تدعو إلى بيع العقار.

٢- وأن هذا العقار هو الأولى بالبيع.

٣- وبيعه بالمزاد العلني.

٤- وعدم وجود زائد على الثمن الذي أعطى فيه.

٥- وكون الثمن نقدا، وحالا.

كما أن أيا من الوصي أو المقدم لا يجوز له أن يشتري من أموال القاصر لنفسه إلا إذا كان في ذلك مصلحة واضحة للقاصر، ويحدد البعض المصلحة الواضحة بالشراء بما يفوق ثمن المثل بالثلث[1].

إن مصدر هذه الاحتياطات فيما يخص النيابة عن الأيتام هو الأوامر المشددة التي وردت مباشرة في نصوص القرآن، والتي منها: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴾[2]، و﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ ۚ ﴾[3]، و﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴾[4].

١-شرح الخرشي على المختصر: ج٥ ص٣٠٠، ونيل الأوطار: ج٥ ص٢٨٢، والفقه الإسلامي لمحمد سلام مذكور: ص٤٦٧، والفقه الإسلامي لمحمد يوسف موسى: ص ٣٦٨، والمغني: ج٦ ص ١٣٧، وشرح الأحكام الشرعية: ج٢ ص ١٧٢، والبدائع: ج٥ ص ٢٥٢.

٢-الأنعام: ١٥٢، والإسراء: ٣٤.

٣-البقرة: ٢٢٠.

٤-النساء: ١٠.

الفصل الثاني: النيابة الاتفاقية (الوكالة)

الوكالة: أن يقيم شخص غيره مكانه في إنجاز أمر يخصه؛ فقد يكون شخص لا خبرة له في شراء العقارات، مثلا، فيضطر إلى توكيل من يرى أنه يتوفر على هذه الخبرة، وقد يضعف شخص عن مواجهة خصم كثير الحيل والمجادلة في قضية أمام المحاكم، فيرى أن من مصلحته أن يستنيب وكيلا عنه في مواجهة هذا الخصم، وقد يريد شخص ثالث، لسبب من الأسباب، ألا يباشر عملا من أعماله، كقبض ديونه، وإيفائها، فيعهد بذلك إلى الغير، إما بأجر، وإما بدونه.

فالوكالة إذن، وسيلة من وسائل قضاء الحاجات بين الناس على أساس التعاون على البر والتقوى.

ويفرق الفقه بين الوكالة والرسالة على أساس أن الوكيل قد يتصرف باسمه الخاص، بينما الرسول هو مجرد مبلغ ينقل كلام طرف إلى الطرف الآخر، دون أدنى تدخل إلا في العبارة. ومن نتائج ذلك: أن الرسول في عقد البيع، مثلا، لو نقل المبيع إلى المشتري لا يطالب البائع هذا الرسول بالثمن، وإنما يطالب به المشتري؛ بينما الوكيل إذا سلم -باسمه الخاص- المبيع للمشتري، يطالبه البائع بالثمن، ولا يطالب البائع المشتري بطريقة مباشرة، قال الرسول ﷺ ليعلى بن أمية، وقد تعاقد معه على إعارة ثلاثين بعيرا، وثلاثين درعا، قال له: «إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعا، وثلاثين بعيرا»[1].

وحتى نأخذ صورة كافية عن الوكالة، نتحدث عن عناصر هذا العقد، وعن أنواعه، ثم نتحدث عن آثاره، وأخيرا عن انتهائه ووسائل هذا الانتهاء، ويتم ذلك في فروع أربعة:

١-سنن أبي داود، رقم: ٥٦٦.

الفرع الأول: عناصر عقد الوكالة

الوكالة تتكون من أربعة عناصر: الموكل، والوكيل، والموكل فيه أو موضوع الوكالة، وأخيرا التعبير عن تلاقي إرادة الطرفين:

١- الموكل:

هو الطرف الأصيل الذي ينيب الغير عنه في عمل من أعماله، كالبيع والإجارة، والخصومة وما إليها، وبذلك فهو مصدر سلطة الوكيل فيما يباشر من أعمال الغير.

إن وضعية الطرف الأصيل من حيث أهليته للإنابة تخضع للقواعد العامة للأهلية:

أ - فالصغير غير المميز لا يجوز له أن يوكل غيره، ولو وكل لا ينعقد توكيله؛ وذلك لأن الصغير غير المميز لا يقدر على مباشرة التصرفات، ومن لا يقدر على مباشرة تصرف لا يقدر، بالتالي، أن يوكل غيره فيه، فمن يمد الغير بالولاية يجب أن تكون له الولاية في نفسه أولا.

ب - والصغير المميز يفصل في توكيله حسب موضوع الوكالة:

- فما كان نفعا محضا، كما لو وكل شخصا على أن يقبل له الهبة أو الهدية، جاز توكيله.

- وما كان ضررا محضا، كما لو وكل من يهب ماله للغير، أو من يقف ماله على مسجد، مثلا، في هذه الحالة لا يجوز توكيله.

أما لو وكل في أمر يحتمل النفع والضرر معا، كما لو وكل في بيع أو إجارة أو عقد شركة، هنا يتوقف مصير توكيله على رأي وليه، فإن أجاز الولي التوكيل، صح، وإن رده أصبح لاغيا [1]

ج - العاقل الرشيد ينعقد توكيله كاملا؛ لأنه أهل لمباشرة التصرف بنفسه، فجاز له أن يوكل غيره فيه.

١-شرح المجلة لسليم رستم: ص ٧٧٥، والملكية ونظرية العقد: ص ٣٨٤.

٢- الوكيل:

وهذا هو النائب الذي يستمد سلطته في المباشرة من الموكل، قصد التصرف لمصلحة هذا الأصيل؛ ومن ذلك فالمفترض أن يكون الوكيل في مستوى يؤهله لتحقيق مصلحة الموكل؛ بحيث يكون عاقلا رشيدا، إلا أن بعض الفقه تساهل في أهلية الوكيل، فأجاز أن يكون الوكيل صغيرا مميزا، جاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ١٤٥٨. ١): « يشترط أن يكون الوكيل عاقلا مميزا، ولا يشترط أن يكون بالغا، فيصح أن يكون الصبي المميز وكيلا». و أساس هذا التساهل: أن الوكيل يكمل ذاته من أهلية موكله، ما دام يستمد ولايته منه.

بينما يحتفظ الشافعية وبعض المالكية باشتراط الأهلية الكاملة في الوكيل كما في الموكل، يقول محمد بن عاصم بلسان المالكية:

يجوز توكيل لمن تصرفا   بماله، لمن بذاك اتصفا[1].

ومن الناحية الدينية، اشترط المالكية والشافعية، أيضا، أن يكون وكيل المسلم مسلما، فلا يجوز أن يتوكل في البيع والشراء مشرك أو كتابي؛ لأن هؤلاء لا يتوقون المحرمات من الربا وغيره، كما لا يجوز أن يوكل في اقتضاء الدين من مسلم المشرك أو الكتابي؛ لأن الكافر قد يهين المسلم، وقد يستعلي عليه والله عز وجل يقول: ﴿وَلِلَّهِ ٱلْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِۦ وَلِلْمُؤْمِنِينَ﴾[2]، ويقول: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[3].

٣- موضوع الوكالة:

والموكل فيه هو ما يصح للموكل أن يباشره بنفسه، مما يقبل النيابة، فتجوز الوكالة في:

١-شرح ميارة على التحفة: ج١، ص ١٣٣، وشرح المنهج بحاشية الجمل: ج٣ ص ٤٠٢، ومغني المحتاج: ج٢ ص ٢١٨، والمدخل في التعريف بالفقه الإسلامي: ص ٥٢٧.

٢-المنافقون: ٨.

٣-النساء: ١٤١.

أ- الشراء والبيع والإجارة وغيرها من عقود المعاوضة والتبرع؛ قال عروة البارقي رضي الله عنه: «دفع إلي رسول الله ﷺ دينارا، لأشتري له شاة»[1]، وبعث رسول الله ﷺ حكيم بن حزام رضي الله عنه: « يشتري له أضحية بدينار»[2].

ب- عقود الأحوال الشخصية كالنكاح، فقد وكل رسول الله ﷺ عمرو بن أمية الضمري سنة ٧هـ ليتولى العقد عنه في زواجه ﷺ بأم المؤمنين رضي الله عنها أم حبيبة بنت أبي سفيان، وهي مهاجرة إلى الله ورسوله بالحبشة، فتولى العقد عنه أمام النجاشي، وتولى العقد عن أم حبيبة وليها خالد بن سعيد بن العاص[3].

ج - المطالبة بالحقوق، وإثباتها، والمخاصمة بشأنها أمام القضاء، وما يتصل بذلك من القبض والأداء، قال أبو رافع: « استسلف رسول الله ﷺ بَكْرا، فجاءت إبل الصدقة، فأمرني أن أقضي الرجل بَكْره»[4]. وقال عبد الله بن جعفر بن أبي طالب: « كان علي يكره الخصومة، وكان إذا كانت له خصومة، وكل فيها عقيل بن أبي طالب، فلما كبر عقيل، وكلني»[5].

د- بعض العبادات، كالحج يقبل النيابة، وبالتالي تجوز فيه الوكالة.

وبالمقابل لا تجوز الوكالة فيما له صفة شخصية تستعصي على النيابة، كالصلاة، والنذر، واليمين في القسامة واللعان وغيرهما، وكذلك لا تجوز النيابة في الجرائم كالسرقة والقتل، ولا في المحرمات بعامة[6]. يقول خليل بن إسحق: « صحت الوكالة في قابل النيابة، من عقد، وفسخ، وقبض حق،....

١-سنن الترمذي، رقم: ٢٧٦.

٢-سنن الترمذي، رقم: ٢٧٥.

٣-طبقات ابن سعد: ج١، ص ٢٠٨.

٤-صحيح مسلم، رقم: ١٦٠٠، ونيل الأوطار، ج٥، ص ٣٠١، والبكر بفتح الباء الشاب من الإبل.

٥-نصب الراية، ج٤، ص ٩٤.

٦-المغني، ج٥، ص ٩١.

لا في كيمين، ومعصية، كظهار»[1].

٤– الصيغة:

أما صيغة التعبير فهي الإيجاب والقبول المعبر عنهما بما يدل، عرفا، دلالة كافية. فالإيجاب يكون بكلمة: وكلتك، وأمرتك، وأذنت لك، وأجزت لك كذا، من الألفاظ الدالة عرفا على الإنابة.

والقبول يكون بكلمة قبلت، أو رضيت، وغيرهما، وكذلك بمباشرة موضوع التوكيل؛ كأن يقول شخص لآخر: وكلتك ببيع داري، التي بمكان كذا، فيشرع الوكيل في البيع دون أن يقول أي كلام، وقبول وكالات الرسول ﷺ كان من هذا النوع الأخير، فوكلاؤه لم يجيبوا بالكلام وإنما دخلوا مباشرة، وفور الإيجاب أحيانا، في تنفيذ موضوع التوكيل[2].

الفرع الثالث: أنواع الوكالة.

الوكالة، باعتبار صيغتها، وباعتبار اشتراط الوكيل للأجر أو التزامه بالتبرع، تتنوع إلى الأنواع التالية:

أولا– الوكالة المطلقة، والوكالة المضافة، والوكالة المعلقة:

١– فالتوكيل يجوز أن يكون مطلقا، لا يرتبط بشرط، ولا بأجل مستقبل، مثل أن يقول الموكل لوكيله: أنت وكيلي في إخراج زكاة أموالي، ولا يزيد على ذلك شيئا.

٢– كما يجوز أن يكون التوكيل معلقا على شرط، مثل: إن سافرت فأنت وكيلي في قبض ديوني على فلان وفلان.

٣– وثالثا يجوز أن يكون التوكيل مضافا لزمن مستقبل، كأن يقول شخص لآخر: أنت وكيلي ابتداء من ١٥ مارس ٢٠١٠م.

١–مختصر خليل بشرح الخرشي، ج٦، ص ٦٩ – ٧٠.

٢–المواد: ١٤٥١ – ١٤٥٢ من مجلة الأحكام العدلية، وشرح المجلة لسليم رستم، ص ٧٧٠، والمغني: ج ٥، ص ٩٤، وشرح الخرشي على المختصر: ج٦ ص ٧٠.

كان ذلك لأن الوكالة من العقود التي ينتج عنها إطلاق يد الوكيل في تصرف كان ممنوعا منه، والإطلاق بطبيعته يحتمل التعليق والإضافة، كما يحتمل التوقيت.

ثانيا: الوكالة المقيدة، والوكالة المطلقة:

١- الوكالة المقيدة هي التي يقيد فيها الموكل عمل الوكيل بقيود تفرض عليه كيفية معينة في تحقيق إرادة الموكل؛ كأن يقول الموكل: وكلتك ببيع عقاري الذي بمكان كذا، بثمن قدره عشرة ملايين، ودون أجل؛ ففي هذه الحالة يجب على الوكيل أن يبيع كما حدد الموكل، فلو باع بثمن أقل من عشرة ملايين، أو باع مؤجلا، يكون قد خالف إرادة الموكل، وأصبح فضوليا في الجزء الذي مسته المخالفة، فيحتاج لإجازة الموكل؛ فإذا لم يجز الموكل تحمل الوكيل الجزء الناقص من الثمن في ذمته.

جاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ١٤٩٥): «ليس للوكيل، إذا كان الموكل قد عين له ثمنا، أن يبيع بأنقص من ذلك الثمن، وإن فعل انعقد البيع موقوفا على إجازة موكله، ولو باع بنقصان الثمن، بلا إذن الموكل، وسلم المبيع إلى المشتري، فللموكل أن يضمنه ذلك النقصان».

وبالمثل الأمر في الوكالة المقيدة بالشراء، فلو وكل شخص آخر بشراء شيء معين، وبثمن محدد، فخالف الوكيل لا تلزم المخالفة الموكل، وتلزم الوكيل، إلا إذا كانت المخالفة في صالح الموكل، فتلزمه حينئذ؛ كما لو وكله بشراء مادة بثمن محدد، فاشتراها، بنفس الصفات، وبثمن أقل[1]. قال خليل بن إسحق: «وحيث خالف في اشتراء لزمه، إن لم يرضه موكله»[2].

وجاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ١٤٩٧): «إذا قيدت الوكالة بقيد، فليس للوكيل مخالفته، فإن خالف لا ينفذ شراؤه على الموكل، وما اشتراه فهو لنفسه. ولكن إذا خالف لما هو أكثر فائدة للموكل، فلا يعد ذلك مخالفة

١-المغني: ج٥، ص ١٣١.

٢-مختصر خليل بن إسحق بشرح الخرشي: ج٦، ص ٧٤.

معنى. مثلا: لو قال: اشترِ لي الدار الفلانية بعشرة آلاف، فاشتراها الوكيل بأكثر، فلا ينعقد شراؤه على الموكل، وتبقى الدار للوكيل. أما إذا اشتراها بأقل من عشرة آلاف، فالشراء يقع للموكل. كذلك، لو قال: اشتر نسيئة، فاشترى الوكيل نقدا، وقع الشراء للوكيل. أما لو قال الموكل: اشترِ نقدا، فاشترى الوكيل نسيئة، فالشراء يقع للموكل. أما لو بعَّض الوكيل المادة المشتراة، فإن كان في التبعيض ضرر على الموكل لم يلزمه ما عقد الوكيل، ولزم العقد الوكيل نفسه، ومثاله: أن يوكله في شراء ثلاثة أمتار من الجوخ لتفصيل جبة أو جلباب، فيشتري له، فقط، مترا ونصفا، مما لا يكفي لنوع اللباس المقصود من الشراء. أما إذا لم يكن في التبعيض ضرر، كما لو وكله بشراء طنين من القمح، فاشترى طنا واحدا، هنا يلزم الموكل، وعلى الوكيل، إذا كان بأجر، أن يتم إرادة موكله[1].

٢- فيما تكون الوكالة مطلقة إذا سمى فيها الموكل الموضوع، دون أن يقيد تصرفات الوكيل بأي قيد، كأن يقول الموكل: وكلتك في بيع داري، دون أن يحدد الثمن، ولا وصفا آخر من الحلول أو التأجيل، أو أخذ الرهن والكفيل عند التأجيل.

ويرى المالكية: أن من الوكالة المطلقة ما لا يسمى فيه الموضوع، مما يعرف بالوكالة المفوضة؛ كأن يقول الموكل لوكيله: وكلتك في كل ما يهمني دون أن يسمى بيعا، أو شراء، أو دفاعا عن حق، أو قبض حق، أو إيفاءه.

وقد سجل هذه الوحدة بين التفويض والإطلاق محمد بن عاصم قاضي غرناطة:

وحيثما التوكيل بالإطلاق   فذلك التفويض باتفاق[2].

وفي الحالتين تكون للوكيل حرية التصرف في نطاق ما يعد مناسبا أو مصلحة حسب العرف: «للوكيل بالبيع، إذا أطلقت وكالته، أن يبيع مال

١-مجلة الأحكام العدلية: م: ١٤٨٠، ١٨٨١.

٢- شرح ميارة على التحفة:ج١، ص ١٣٥.

موكله بالثمن الذي يراه مناسبا، قليلا كان أو كثيرا» (م: ١٤٩٤ مجلة الأحكام). وجاء لمحمد بن عاصم أيضا:

وليس يمضي غير ما فيه نظر   إلا بنص في العموم معتبر [١]

ويفسر المالكية، ومثلهم الحنفية، ما فيه النظر أو المناسبة:

أ- بأنه ثمن المثل، أو ما فيه يسير الغبن في المواد غير المحددة السعر، كاللحم والخبز؛ مثلا، بحيث لو باع أو اشترى الوكيل بغبن فاحش، أو بغبن يسير في المواد المعروفة السعر، لا ينفذ التصرف على الموكل، وإنما يلزم الوكيل.

جاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ١٤٨٢): « كما يصح للوكيل، إذا وكل بشراء شيء لم يعين له ثمنه، أن يشتريه بمثل قيمته، كذلك يصح له أيضا أن يشتريه بغبن يسير، ولكن لا يعفى الغبن اليسير أيضا في الأشياء المعلوم سعرها، كاللحم والخبز». وأما إذا اشترى بغبن فاحش، فلا ينفذ شراؤه على الموكل، في كل حال، بل يقع له.

ب- بأنه ما كان فيه تنمية للمال، وعلى الأقل ما كان فيه محافظة عليه؛ وبذلك يخرج من نطاق المصلحة التبرعات، والمعاملات التي تتصف بالتبذير، وتدل على السفه، فهذه لا تجوز على الموكل، وتلزم الوكيل في ماله وحده[٢].

ويرى بعض الفقه: أنه لا يجوز للموكل أن ينص على الإذن بالتصرفات التي ليست مصلحة، وبالتالي لا يجوز للوكيل أن يمارس هذه التصرفات بناء على الإذن؛ لأن الشارع يمنع الإذن بالتصرفات السفيهة، ويرفع عنها يد الموكل والوكيل معا.

وهذا الاعتراض وارد على خليل بن إسحق ومحمد بن عاصم وغيرهما من

١-شرح ميارة على التحفة: ج١، ص ١٣٦، وشرح الخرشي على المختصر: ج٦، ص ٧١.

٢-انظر كتاب الكافي: ص ٧٨٦، حيث يجيز تبرعات الوكيل إذا كان لها مبرر.

المالكية الذين أجازوا للوكيل التصرفات الضارة بناء على إذن الموكل[1].

ومما يجوز للوكيل المفوض أو المطلق أن يوكل، بدوره، وكيلا عنه، بنفس مستواه من الوكالة، أو ببعضه، كأن تكون قضايا وكيل الخصام كثيرة، فيوكل عنه وكيلا للبعض منها، وهذا على خلاف الوكيل بالوكالة المقيدة لا يجوز له أن يوكل إلا إذا جعل له ذلك بنص خاص في عقد الوكالة.

يقول محمد بن عاصم عن الوكيل المفوض:

وذا له توكيل من يراه بمثله، أو بعض ما اقتضاه [2]

إلا أن وكيل الوكيل لا يعتبر وكيلا لهذا الذي وكله، وإنما هو وكيل للموكل الأول؛ بحيث لا يؤثر عزل الوكيل الأول على عزل الوكيل الثاني، فارتباط الوكيل الثاني إنما هو بالموكل الأول وحده.

ثالثا: الوكالة بأجر، والوكالة بدون أجر:

١- تكون الوكالة بأجر، وتأخذ حكم الإجارة، فيجب على الموكل أجر العمل حسب الاتفاق، أو حسب العرف، كما هو الحال في المحامين، ومن يسمون بالوكلاء الشرعيين، وبالتالي يجب على الوكيل أن يتم العمل الذي توكل بشأنه، كمقابل للأجر.

٢- وقد تكون الوكالة بغير أجر، فتكون من نطاق التبرعات، وبهذه الصفة يعفى الوكيل -لو أراد- من بعض المهام المتعلقة بالوكالة؛ فلو باع هذا الوكيل مثلا، لا يجبر على أن يطالب المشتري بتسليم الثمن، وعلى الموكل أن يتولى الأمر بنفسه.

٣١-انظر مختصر خليل بشرح الخرشي: ج٦، ص ٧١، وشرح ميارة على التحفة السابق.

٤٢-شرح محمد ميارة على التحفة: ج١، ص ١٣٦، والمغني: ج٥، ص ٩٦.

الفرع الثالث: آثار عقد الوكالة

الوكيل، بمقتضى عقد الوكالة، تصبح له الولاية حسب ما اتفق عليه الطرفان، من تحديد للموضوعات المشمولة بالوكالة، أو من تفويض يعم كل ما يهم الموكل.

وإذا كانت الوكالة مقيدة بموضوعات محددة، كالبيع والشراء، أو مقيدة بشروط كالبيع نقدا، مثلا، أو كالبيع بالأجل، على أساس تقديم الرهن أو الكفيل؛ في هذه الحالة يجب على الوكيل أن يتقيد بالإرادة الصريحة للموكل، فإذا خالف، وكان في المخالفة، ضرر، لزم ذلك الضرر الوكيل دون الموكل، وتحمل الوكيل عبء الخسارات في كل ذلك.

وإذا كانت الوكالة مفوضة، تقيد الوكيل بدلالة العرف، فيما لو توكل بشراء أثاث منزل، مثلا، وكذلك يتقيد بالمصلحة؛ لأن النواب، مهما كانوا، معزولون عن غير المصلحة؛ لأن ذلك يعتبر من قبيل الإرادة الضمنية للموكل.

وإذن: فالوكيل، مهما كان نوع الوكالة، مقيد إما بالإرادة الصريحة، وإما بالإرادة الضمنية للموكل.

ثم الوكيل في تصرفه، بمقتضى الوكالة، يختلف عن الرسول الذي لا دور له إلا العبارة، فالوكيل، وفي العقود التي تجوز نسبتها إلى غير الأصيل، يستطيع أن يتعاقد باسمه الخاص، فيقول، باعتباره بائعا، مثلا: أبيعك هذا المال، بثمن كذا، دون أن ينسب ذلك إلى الموكل.

بهذا الاعتبار كان تصرف الوكيل يتنازعه عاملان:

- عامل أنه نائب عن الموكل، وهذا يضعف دوره في العقد.
- وعامل أنه يتعاقد باسمه، وأن الطرف الآخر، في عدد من الحالات، لا يعرف غيره كطرف في العقد، وهذا يقتضي أن يكون دور الوكيل على مستوى من الأهمية.

نتيجة للعاملين المتنازعين في تصرف الوكيل اختلف الفقه في حكم عقد

الوكالة وحقوقه هل تعود للموكل كأصيل، أو تعود للوكيل كعاقد؟ ونتحدث عن حكم العقد وحقوقه كأثر أول، لنخلص إلى الحديث عن ضمان الوكيل كأثر ثان، وذلك في مبحثين:

المبحث الأول: حكم عقد الوكالة وحقوقه

- حكم العقد:

حكم العقد هو الغرض المقصود للطرفين من التعاقد، فحكم عقد البيع هو تملك البائع للثمن، وتملك المشتري للمبيع، وحكم عقد الكراء هو تملك المكري لبدل الكراء، وتملك المكتري للمنفعة، وهكذا.

هذا الحكم في عقد الوكالة قال عنه البعض: إنه يعود للموكل رأسا، ففي البيع، الذي يعقده الوكيل، تنتقل ملكية الثمن، مباشرة، من المشتري إلى البائع، ولا تمر هذه الملكية بذمة الوكيل؛ لأن النائب لا علاقة له بالحكم، ما دام ينوي أنه يتعاقد لمصلحة الأصيل.

وهذا مذهب الإمامين: الشافعي وأحمد. بينما يرى الحنفية: أن حكم العقد يتم للوكيل أولا، باعتباره مباشرا للعقد، ثم ينتقل منه إلى الموكل باعتباره مصدرا لولاية الوكيل[1].

ومهما يكن فالنتيجة العملية: أن حكم العقد في الوكالة هو للموكل، سواء نسب الوكيل العقد لنفسه، أم نسبه إلى الموكل.

- حقوق العقد:

حقوق العقد هي الأعمال التي توصل كل واحد من الطرفين إلى حكم العقد، مثل مطالبة المشتري أن يتسلم المبيع، ومطالبة البائع أن يقبض الثمن، ومطالبة المشتري أن يرد المبيع إذا ظهر به عيب، ومطالبة المشتري برد الثمن إن استحق المبيع من يده، وهكذا.

هذه الحقوق اختلف –كذلك– في مرجعها: قال البعض: إنها تعود للوكيل،

١- المغني، ج٥، ص ١٤١.

باعتباره عاقدا كامل الأهلية، له الصلاحية للتعاقد، وقال البعض الآخر: إن الحقوق كالأحكام تعود للموكل.

ونفصل القول في رأي الحنفية ورأي المالكية، لما لهما من أهمية خاصة في الموضوع:

أ- يرى الحنفية: أن العقود، فيما يخص مرجع حقوقها إلى الموكل أو إلى الوكيل، تنقسم ثلاثة أقسام:

١- قسم لا يضاف إلا إلى الموكل ولا يضاف إلى الوكيل إطلاقا، ويضم هذا القسم العقود التي لها طابع شخصي، كالنكاح والخلع، وكذلك عقود التبرع لما لهذه الأخيرة من خطر يمثل اقتطاعا أو تنازلا كاملا عن الثروة.

وفي هذا النوع لا يجوز للوكيل أن يخفي اسم الأصيل، ويتعاقد باسمه الخاص، بل كل دور الوكيل هنا: أن يعبر عن إرادة الأصيل، بمثابة الرسول، ونتيجة ذلك: أن تعود الحقوق كالحكم، إلى الموكل، دون الوكيل.

٢- وقسم تجوز إضافته إلى الأصيل، أو إلى الوكيل، وذلك عقود المعاوضات، كالبيع والإجارة؛ فإذا أضيفت إلى الموكل، عادت الحقوق إليه، وإذا أضيفت إلى الوكيل عادت الحقوق إلى الوكيل، جاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ١,٤٦١):

- لا يشترط إضافة العقد إلى الموكل في البيع، والشراء، والإجارة، والصلح عن إقرار، فإذا لم يضفه الوكيل إلى موكله، واكتفى بإضافته إلى نفسه، صح أيضا. وعلى كلتا الصورتين، لا تثبت الملكية إلا لموكله.

ولكن إذا لم يضف العقد إلى الموكل، تعود حقوق العقد إلى العاقد، يعني الوكيل، وإن أضيف إلى الموكل تعود حقوق العقد إلى الموكل، ويكون الوكيل في هذه الصورة كالرسول».

- والقسم الثالث هو عقود من النوع الذي يجوز أن يضاف إلى الوكيل، ولكن عاقدها يكون ناقص الأهلية، كالصبي المميز، هنا يتم العقد صحيحا،

كما سبق؛ ولكن حقوق العقد تعود للأصيل، بدلا من الوكيل، ولو أضاف هذا الأخير العقد إلى نفسه، لأنه غير تام الأهلية.[1]

وإذن فحقوق العقد تعود إلى الوكيل في حالة واحدة، هي ما إذا كان العقد يقبل الإضافة إلى الوكيل، وأضافه الوكيل إلى نفسه، وكان الوكيل تام الأهلية.

ومبنى مذهب الحنفية: علم الطرف الآخر بوضعية المتعاقد معه، هل هو أصيل أو نائب؛ فإذا علم أن المتعاقد معه هو نائب، بإضافة الوكيل العقد إلى موكله، اتبع ذلك الطرف بحقوق العقد الموكل دون الوكيل، وإذا لم يعلم نيابة المتعاقد معه، بأن سكت الوكيل، فلم يضف العقد، لا إلى نفسه، ولا إلى الموكل، والأصل: أن الإنسان يتعاقد لنفسه كأصيل، وبالمثل ما لو نسب الوكيل العقد إلى نفسه، وأخفى الأصيل؛ هنا تعود حقوق العقد إلى الوكيل، حتى لا تكون المفاجأة للطرف الآخر، وتختل المعاملات بين الناس.

ب- أما المالكية فيفصلون في مرجع حقوق العقد بين المطالبة بالثمن أو بالمثمن، وبين الرجوع بعهدة العيب أو الاستحقاق.

١- جاء في المدونة عن مطالبة الوكيل بالثمن: «قلت: أرأيت لو أني اشتريت سلعة من رجل لفلان، فأخبرته أني إنما اشتريتها لفلان، وليس اشتريتها لنفسي، فاشتريتها بالنقد أو بالنسيئة، أيكون للبائع أن يتبع هذا المشتري بالثمن، أم يتبع الذي اشترى له، أو من يتبع بالثمن؟.

قال: إن لم يكن هذا المشتري قال للبائع: إني إنما اشتريت منك للذي أمرني، ولا أنقدك، إنما الثمن لك على فلان، فأرى الثمن على المشتري؛ لأنه، وإن اشترى لغيره، فالنقد عليه، فإن قال له: النقد على الذي أشتري له، وليس عليّ شيء، فهذا لا يتبعه البائع بالنقد، ويكون النقد للبائع على الذي أمر هذا بالشراء. قلت: أتحفظه من مالك بن أنس؟ قال: هو قوله».[2]

١-انظر المادة ١٤٥٨ من مجلة الأحكام العدلية.

٢-المدونة، ج٤، ص ٣٥٤.

فإضافة الوكيل عقد الشراء إلى موكله، كوسيلة لإعلام الطرف الآخر بوضعية المتعاقد معه، هذه الإضافة، وعلى خلاف ما سبق أن رأينا عند الأحناف، لا تكفي لرجوع المطالبة بالثمن إلى الموكل، وإنما لابد أن يشترط المشتري على الطرف الآخر البائع: أن الثمن يطالب به الموكل، وأنه، كمباشر للعقد، ليس عليه أي التزام بالثمن.

٢- بينما جاء عن المطالبة بعهدة العيب والاستحقاق في المدونة نفسها: «قال سحنون: قال عبد الرحمن بن القاسم: لو أن رجلا أمر رجلا أن يبيع له سلعة، فقال حين باعها: إن فلانا أمرني أن أبيع له هذه السلعة، فأدرك السلعة تباعة؟ قال: إن كان حين باعها قال: إنما أبيع لفلان، فلا أرى على المأمور شيئا، والعهدة على الآمر. قال: ومثل ذلك هؤلاء الذين يبيعون في المزايدة، أو الرجل يعرف: (بالبناء للمجهول): أنه إنما يبيع للناس، أو رجل يبيع على ذلك».[1]

فالوكيل بالبيع يتخلص من عهدة العيب الذي يحده المشتري في المبيع، أو من عهدة استحقاق المبيع من يد المشتري، يتخلص البائع من ذلك بإحدى الوسيلتين:

- أن يضيف البيع إلى الموكل، فيوضح بذلك الأمر للمشتري، حتى يعرف وضعية المتعاقد معه، هل هو أصيل أو نائب.

- أن يكون البائع معروفا بأنه لا يبيع ملكه الخاص، كالدلال والسمسار.

وبالمقابل إذا ظل المشتري على اعتقاده بأن البائع أصيل، كان الرجوع بالعهدة على الوكيل، وليس على الموكل. إذن فعلم الطرف الآخر بوضعية البائع إزاء الموضوع هو المعيار للرجوع بالعهدة على الوكيل أو على الأصيل.

لقد تبنى الفقه المالكي عامة هذه التفرقة في حقوق العقد بين المطالبة بالثمن أو المثمن وبين العهدة، وهكذا نص خليل بن إسحق فيما يخص

١-المدونة، ج٤، ص ٣٥٣.

مطالبة الوكيل: « وطولب بثمن ومثمن، ما لم يصرح بالبراءة،... وبالعهدة ما لم يعلم»[1].

ويعلل الفقه المالكي هذه التفرقة بأن « العهدة أمرها خفيف، وقد لا يحتاج إليها أبدا، والثمن في شرائه لابد منه، وهذا (الوكيل) قد ولي معاملته، وقبض سلعته، فعليه أداء ثمنها، إلا أن يشترط أن الثمن على فلان (الموكل) »[2].

المبحث الثاني: متى يتحمل الوكيل الضمان؟

الوكيل يضع يده على مال الموكل بإذن من هذا الأخير، فعند البيع يضع الوكيل يده على مال الموكل بقصد بيعه، وبعد البيع يضع يده على الثمن؛ وإذا كان موكلا بإيفاء ديون الموكل، يضع يده على مال الموكل بقصد الإيفاء، وقد يستوفي ديون الموكل فيضع يده على مال الموكل بعد استفائه، وهكذا.

في مثل هذه الحالات، وسواء نسب الوكيل العقد إلى نفسه، فيما يجوز له ذلك، أو نسب العقد إلى موكله، تكون يد الوكيل هي يد أمين، وضعت على المال بإذن المالك.

والأمين إذا تلف مال الأمانة بيده دون تفريط منه ولا تقصير، لا يتحمل الضمان في ذمته، وإنما يضيع المال على ذمة الموكل، لأن يد الوكيل تعتبر وكأنها يد الأصيل.

إلا أن الوكيل إذا اشترى شيئا لموكله، وأدى ثمنه من ماله الخاص، ثم حبس هذا الشيء عن الموكل بقصد إرغامه على أداء ما سبق أن أداه الوكيل، في هذه الحالة لا تكون يد الوكيل بمثابة يد الموكل؛ لأن الوكيل حبس المال لمصلحته الخاصة، وليس لمصلحة الموكل؛ ولذلك لو ضاع هذا المال في فترة الحبس هذه، يكون ضمانه على ذمة الوكيل؛ لأن الغنم بالغرم، ولأن الخراج بالضمان، كما تقول القاعدة الإسلامية.

١-المختصر بشرح مواهب الجليل، ج٥، ص ١٩٥، وشرح الخرشي، ج٦، ص ٧٢.

٢-التاج والإكليل، ج٥، ص ١٩٥.

جاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ١٤٩٢): «إذا تلف المال المشترى في يد الوكيل بالشراء، أو ضاع قضاء، يتلف من مال الموكل ولا يسقط من الثمن شيء. ولكن لو حبسه الوكيل لأجل استيفاء الثمن، وتلف حينئذ، أو ضاع، لزم الوكيل أداء ثمنه».

الفرع الرابع: انتهاء عقد الوكالة.

تنتهي الوكالة بعدة أسباب:

١- بنهاية العمل الموكل به، كأن يوكل شخص آخر بشراء عقار، مثلا، فيشتري الوكيل العقار، ويسلمه إلى الموكل، وكأن يوكل شخص محاميا في دعوى معينة، فتحكم القضية بصفة نهائية.

٢- بعزل الموكل وكيله، فالموكل له الحق في عزل الوكيل متى شاء؛ لأن الوكالة عقد جائز من الطرفين؛ إلا أنه إذا تعلق بالوكيل حق الغير، فلا يجوز عزل الوكيل إلا بعد تمام الحق، فلو رهن مدين مالا عند مرتهن، ووكل وكيلا ببيع الرهن عند حلول الأجل، هنا لا يجوز للموكل الراهن أن يعزل الوكيل، لأن حق الدائن ببيع الرهن والاستيفاء من ثمنه تعلق بهذه الوكالة، فيستمر الوكيل على نيابته حتى يبيع الرهن [1].

٣- وبالمثل يجوز للوكيل أن يعزل نفسه من الوكالة، ولكن بشرط ألا يكون في الانعزال ضرر بحق الغير كذلك.[2]

وفي الحالتين: حالة عزل الموكل لوكيله، وحالة عزل الوكيل نفسه، يجب على الطرف العازل أو المنعزل أن يعلم الطرف الآخر، وإلا لم يكن للعزل أو للانعزال أي مفعول، فالوكيل يظل على وكالته حتى يعلمه الموكل أنه قد عزله، والموكل تظل أعماله في عهدة الوكيل حتى يصل إلى علمه أن وكيله قد استقال من الوكالة.

١-مجلة الأحكام العدلية، المادة: ١٥٢١.

٢-مجلة الأحكام العدلية، المادة: ١٥٢٢.

جاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ١٥٢٣ , ١٥٢٤):

« إذا عزل الموكل الوكيل يبقى على وكالته إلى أن يصل إليه خبر العزل، ويكون تصرفه صحيحا حتى ذلك الوقت».

« إذا عزل الوكيل نفسه لزم أن يعلم الموكل بعزله، وتبقى وكالته في عهدته إلى أن يعلم الموكل بالعزل».

٤- ينعزل الوكيل بموت الموكل، ولكن يشترط، أيضا: أن يعلم الوكيل بالموت، فإذا لم يعلم بوفاة الموكل ظل الوكيل على وكالته حتى لحظة العلم، وتكون تصرفاته قبل العلم بالوفاة صحيحة ملزمة للورثة، فقد جاء عن الإمام مالك: « أنه سئل عن الرجل يوكل الرجل يجهز له المتاع، يبيع له، ويشتري، فيبيع ويشتري، وقد مات صاحب المتاع؟ قال: أما ما باع أو اشترى قبل أن يعلم بموت الآمر، فذلك جائز على الورثة، وأما ما اشترى وباع بعد أن يعلم فلا يجوز ذلك» [١].

ويشترط أيضا في عزل الوكيل بموت الموكل ألا يكون في العزل ضرر بحق الغير، فلو نتج عن العزل ضرر بالغير لم ينعزل الوكيل إلا بحصول صاحب الحق على حقه، فقد نصت (م: ٧٦٠) من مجلة الأحكام العدلية: « يصح توكيل الراهن المرتهن، أو العدل، أو غيرهما، ببيع المرهون عند حلول الأجل. وليس للراهن عزل ذلك الوكيل من الوكالة، ولا ينعزل أيضا بوفاة المرتهن أو الراهن».

٥- ينعزل الوكيل عندما تبطل الوكالة بفقد الوكيل أو الموكل لأهليته في التصرف عن طريق الجنون أو العته مثلا.

٦- ينعزل الوكيل ببطلان الوكالة عن طريق تلف الموضوع الموكل فيه، كما لو وكله ببيع فرس، فمات الفرس قبل أن يبيعه الوكيل [٢].

١-المدونة، ج٤، ص ٢٤٣.

٢-المغني، ج ٥، ص ١٢٣.

الفصل الثالث: الفضالة

عندما يعقد العقد ولي، كالأب، أو وصي من قبل الأب أو القضاء، وعند ما يعقد العقد، كذلك، وكيل، نكون أمام عقد تولاه شخص له الولاية لعقده، بينما إذا عقد العقد شخص لا ولاية له، لا من الشرع، ولا من الاتفاق، نكون أمام عقد تولاه فضولي، لا ولاية له في التصرف بشأنه من أموال أو حقوق الغير.

يعرف الفقه الفضولي بأنه « من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي»[1].

والفضول بالتعاقد، إذا لم يكن المقصود منه تحقيق مصلحة للمعقود له، يأخذ حكم الحرمة ويأثم به الفضولي؛ لأن الرسول ﷺ يقول: « إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم »[2]؛ بينما إذا كان الفضول لمنفعة المعقود له، بحيث لو لم يتعاقد الفضولي لضاعت الفرصة، هنا يكون الفضول مباحا، بل ويراه البعض مندوبا إليه؛ وذلك لأن الشريعة دعت إلى التعاون على الخير، وحثت على مساعدة الآخرين، وعلى التفكير والعمل من أجل مصالحهم، قال الرسول ﷺ: « المسلم أخو المسلم، لا يظلمه، ولا يسلمه، من كان في حاجة أخيه، كان الله في حاجته»[3]؛ كما يقول أيضا: «المؤمن أخو المؤمن، يكف عليه ضيعته، ويحوطه من وراءه[4]».

ومن أمثلة هذا الفضول المباح أو المندوب: أن يريد أحد العاملين ببلد أجنبي شراء دار للسكنى من أحد تجار السكن، ولكن تاجر السكن يكون غائبا، في نفس الآن يكون العامل المغترب مستعجلا؛ لأن عطلته قد أوشكت على الانتهاء، في هذه الحالة لو تدخل أحد أصدقاء تاجر السكن، وباع

١-مجلة الأحكام الشرعية، المادة: ١١٢.

٢-صحيح مسلم، رقم: ١٢١٨، والفروق ج٣، ص ٢٤٤، وحاشية العدوي ج٥، ص ١٨.

٣-صحيح مسلم، رقم: ٢٥٨٠.

٤-سنن أبي داوود، رقم: ٤٩١٨ والضيعة بالفتح: ما يقبل أن يضيع.

إحدى دور البائع الأصلي من العامل، لكان قد حقق لكل من المالك والمشتري منفعة، كانت ستضيع عليهما معا، لولا هذا التدخل.

إلا أن تقويم المنفعة لا يخضع دائما للمعيار الموضوعي البعيد عن الاختلاف، بل قد تتدخل في التقويم عناصر ذاتية، تجعل المنفعة تختلف بين شخص وآخر، ومن هنا جاز أن يقع الاختلاف بين الفضولي والمالك، فقد يهدف الفضولي إلى تحقيق منفعة، ولكن المالك يرى: أن التصرف مضر به كل الضرر، ومثال هذا: أن يبيع فضولي منقولا لأصيل بثمن مرتفع، ظانا أنه انتهز فرصة نادرة لبيع المنقول؛ في نفس الوقت كان المنقول، بالنسبة للأصيل، يمثل ذكرى عائلية لا تقوم بالمال.

لقد اختلفت المذاهب الفقهية في الحكم على تصرفات الفضولي، ولعل من أسباب الاختلاف اعتبار المصلحة، ثم الاختلاف في تقويم المصلحة، بالإضافة إلى الاختلاف الأساسي الذي يعود لقيمة النصوص الأصلية الواردة في الموضوع، وإلى أصول المذاهب المختلفة أيضا.

ونتناول آراء الفقهاء في عقد الفضولي أولا، لننتهي إلى الحديث عن إجازة هذا العقد وآثارها، وذلك في فرعين:

الفرع الأول: آراء الفقه في عقد الفضولي

انقسمت مذاهب الفقه بشأن تصرفات الفضولي إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أن تصرفات الفضولي باطلة؛ لأنها تصرف في حق الغير دون إذن من الشارع، ودون إذن من صاحب الشأن، ولذلك فلو باع شخص مال الغير، بدون إذن المالك، كان البيع باطلا، ولو وقف شخص مال الآخر على مسجد، مثلا، كان الوقف باطلا، ولو زوج فضولي رجلا من امرأة بدون توكيل منها، كان العقد باطلا، غير قابل للتصحيح من ذوي الشأن. وهذا مذهب الظاهرية، والشافعي في الجديد، وهو رواية عن أحمد بن حنبل.

وحجة هذا الاتجاه: أن النبي ﷺ قال له حكيم بن حزام: « يا رسول الله، يأتيني الرجل، فيريد مني البيع، ليس عندي، أفأبتاعه له من السوق؟ فقال: لا تبع ما ليس عندك»[1].

ورغم أن الحديث وارد في بيع السلعة، قبل الحصول عليها، فإن هؤلاء يعممون المبدأ (لا تبع ما ليس عندك).

إلا أن الظاهرية يستثنون من البطلان حالة الضرورة؛ حيث يكون للأصيل الغائب غلات، مثلا، يخشى أن يلاحقها الفساد والتلف، إن لم تبع حالا، في هذه الحالة يجوز بيع الفضولي، ويمضي على الأصيل؛ تجنبا لإضاعة المال[2].

والاتجاه الثاني: يرى أن تصرفات الفضولي تنعقد صحيحة؛ لكنها موقوفة الأثر، فلا تنفذ على الأصيل، بحيث تنتقل ملكية المبيع عنه في البيع، مثلا، إلا بعد إعلان رأيه بقبولها، عن طريق ما يسمى بالإجازة.

وهذا مذهب أبي حنيفة، ومالك، والشافعي في القديم، وأحمد بن حنبل في إحدى روايتين عنه.

وحجة هذا الاتجاه حديثان؛ روى أحدهما ابن أخي أم المؤمنين خديجة، رضي الله عنها، وهو حكيم بن حزام، وروى الثاني عروة البارقي.

- قال حكيم بن حزام: « إن رسول الله ﷺ بعث حكيم بن حزام يشتري له أضحية بدينار، فاشترى أضحية، فأربح فيها دينارا، فاشترى أخرى مكانها، فجاء بالأضحية والدينار إلى الرسول ﷺ فقال: ضح بالشاة، وتصدق بالدينار»[3].

١-سنن أبي داود رقم: ٣٥٠٣.

٢-المجموع: ج٩، ص ٢٥٨، وبداية المجتهد: ج٢، ص ١٢٩، والمحلى: ج٨، ص ٤٣٤، والبدائع: ج٥، ص ١٨٤.

٣-سنن الترمذي، رقم: ١٢٧٥، وضح بالشاة: خطاب لحكيم أن يضحي بها عن رسول الله ﷺ.

فالرسول، ﷺ، وكَّل حكيم بن حزام بشراء الأضحية، لكن حكيما باع الشاة المشتراة دون توكيل، لما سووم فيها بدينارين، فالرسول ﷺ أجاز هذا البيع، وما ذاك إلا لصحة بيع الفضولي.

– وقال عروة البارقي: « دفع إليَّ رسول الله ﷺ دينارا لأشتري له شاة، فاشتريت له شاتين، فبعت إحداهما بدينار، فجئت بالشاة والدينار إلى رسول الله ﷺ فذكر له ما كان من أمر، فقال له: بارك الله لك في صفقة يمينك »[1].

فبيع الشاة الثانية كان فضولا من عروة البارقي، لم يأذن فيه الرسولﷺ؛ ومع ذلك أقره، ودعا له بالبركة في بيعه، ولقد كان عروة بعد وفاة الرسول ﷺ يعيش بالكوفة، ويتاجر بسوقها، وقد صار أكثر أهل الكوفة مالا[2].

ورغم أن البعض كالإمام الشافعي، لم يأخذ بالحديثين، إما لأسباب تتصل بالسند، وإما لتأويلات مختلفة، رغم ذلك فالحديثان حجة كافية لصحة بيع الفضولي لدى أبي حنيفة ومالك، خاصة وأن صحة بيع الفضولي رويت عن عدد من الصحابة، كعلي، وابن عباس، وابن مسعود، وابن عمر[3].

وإذا كان النص واردا في بيع الفضولي، فإن عقود الفضولي الأخرى كالنكاح والوقف والهبة، والإجارة والكراء تقاس، في الجواز، على عقد البيع، وكمثال نصت مجلة الأحكام العدلية (م: ٨٥٧): «يلزم أن يكون الموهوب مال الواهب، فلو وهب واحد مال غيره بلا إذنه، لا تصح الهبة، ولكن بعد الهبة، لو أجازها صاحب المال تصح».

وإذن فعقد الفضولي ينعقد صحيحا، لكن نفاذه يتحدد بموقف الأصيل منه؛ فإذا أجازه أصبح ناقدا، بأثر رجعي من تاريخ العقد، وإن رده بطل، وأصبح كأن لم يكن بالمرة.

١–سنن الترمذي، رقم: ١٢٧٦.

٢–تحفة الأحوذي، ج ٤، ص ٤٧٠.

٣–تحفة الأحوذي، ج ٤، ص ٤٧٢.

الفرع الثاني: الإجازة وآثارها في عقد الفضولي

الإجازة هي العملية التي يعبر بها الأصيل عن قبوله بالعقد الذي عقده الفضولي، وتصح بكل تعبير عن القبول، كأن يقول الأصيل للفضولي، أو للطرف المتعاقد معه: أجزت ما فعل فلان، أو قبلت به، وكأن يتسلم الأصيل الثمن من المشتري أو من الفضولي في البيع، مثلا.

إن الإجازة تجعل من الفضولي وكيلا حقيقيا، تمتد وكالته إلى ما قبل مباشرة التصرف، جاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ١٤٥٣): « الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة. فلو باع واحد مال الآخر، بوجه الفضول، ثم أخبر صاحبه، فأجازه، صار كما لوكان قد وكله قبلا».

وفي إطار وحدة الفضالة المجازة والوكالة، تلزم الفضولي تصرفاته التي لا يرضاها الأصيل، إذا كانت تقبل الإضافة إلى الفضولي، كما لو اشترى فضولي شيئا لمصلحة أصيل، فامتنع الأصيل عن الإجازة، فإن الشراء ينفذ على الفضولي، ولا يتوقف على الإجازة، كما يتوقف بالنسبة للأصيل؛ وذلك على غرار عقد الوكيل، المقيد، عند ما يخالف إرادة الأصيل، فيما يمكن إضافته للوكيل، كما سبق، والذي يقول فيه خليل بن إسحق: « وحيث خالف في اشتراء، لزمه إن لم يرضه موكله »[1].

١-حاشية العدوي على شرح الخرشي: ج٥، ص ١٨.

الفصل الرابع: وحدة المتعاقد

هل يجوز أن يقوم شخص واحد بدور المتعاقدين معا، وعلى سبيل المثال، هل يجوز أن يتولى الجد، مثلا، بصفته وليا، تزويج بنت ابنه إلى حفيد له من ابن آخر، فيقوم بدور الموجب في النكاح، وبدور القابل؟ وهل يجوز أن يتوكل شخص عن الزوجين فيعقد نكاحهما، أو يعقد تخالعهما؟ وهل يجوز للأب، أو للوصي، أو للمقدم أن يقوم بدور البائع والمشتري فيبيع ماله، مثلا، من الصغير، ويقبض له الثمن من نفسه؟

يفرق الفقه الإسلامي، في الإجابة على هذه الأسئلة، بين عقود الأحوال الشخصية وعقود المعاوضات:

الفرع الأول: في عقود الأحوال الشخصية.

تتميز عقود الأحوال الشخصية كالزواج والخلع، بأنها تتعلق بذات المتعاقد بصفة أكثر عمقا ولصوقا، بالمقارنة إلى بقية العقود؛ ولذلك فهذه العقود لا تنسب إلى النائب مهما كان وليا، أو وصيا، أو مقدما، أو وكيلا، وإنما تنسب إلى الأصيل، وحتى لو نسبها النائب إلى نفسه فإن آثارها كحكمها تعود إلى الأصيل، وكل دور النائب فيها أنه مجرد رسول كما سبق.

ونتيجة لرجوع الآثار إلى الأصيل وحده، لم تكن هناك تناقضات بين حظوظ العقد وأعبائه، في نفس العاقد الذي ينوب عن الطرفين، ومن ثم صح أن يعبر النائب عن رغبة الموجب، وعن رغبة القابل، وأن ينجز العقد لوحده بعد رضا الطرفين بما ينجز.

روى عقبة بن عامر: « أن النبي ﷺ قال لرجل: أترضى أن أزوجك فلانة؟ قال: نعم. وقال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلانا؟ قالت: نعم. فزوج أحدهما صاحبه »[1]

وأخرج الإمام البخاري أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت

١-سنن أبي داود، رقم: ٢١١٧.

قارط: « أتجعلين أمرك إلي؟ قالت: نعم، قال: فقد تزوجتك »[1].

فالرسول ﷺ زوج ذلك الرجل من المرأة بصفته وكيلا عن الطرفين معا، وعبد الرحمن بن عوف عقد النكاح عن نفسه بصفته أصيلا، وعقده عن المرأة بصفته وكيلا[2].

الفرع الثاني: في عقود المعاوضات.

والأمر في عقود المعاوضات يختلف عن هذا؛ لأن النائب عندما ينوب عن الطرفين يعاني تناقضا بين مصلحته ومصلحة الأصيل، فعندما يبيع الوصي، مثلا، ماله من الصغير؛ فباعتباره بائعا، هو يبحث عن ثمن مرتفع، وباعتباره مشتريا، هو يبحث عن ثمن منخفض، وقد لا يستطيع أن يوفق بين المصلحتين في كل الحالات، لهذا التناقض فصل الفقه في تولي شخص واحد لطرفي العقد في المعاوضات على الشكل التالي:

أ- الأب والجد:

أجاز الفقه للأب أو الجد أن يتولى طرفي العقد في المعاوضات، وبناء على ذلك يجوز للأب أو الجد أن يبيع ماله من ابنه أو حفيده، ويقبض المبيع من نفسه لمصلحة الولد، وبالمثل يجوز له أن يشتري مال الولد لنفسه، ويتسلم من نفسه الثمن لمصلحة الابن أو الحفيد. قال بهذا الرأي أبو حنيفة، ومالك، والأوزاعي، والشافعي، وذلك لأن التهمة من الأب والجد منتفية عادة[3].

غير أن بعض الأحناف يشترطون، في تولي الأب أو الجد لشراء مال ولده، أن ينصب القاضي وصيا للولد، يتسلم الثمن من الأب أو الجد، ثم يرده إليه، احتياطا لمصلحة الصغير، وقد تبنت مدونة الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية (م: ٤٢٦) هذا الشرط، فنصت: للأب شراء مال ولده لنفسه، وبيع ماله لولده.

١-صحيح البخاري بشرح الفتح: ج٩، ص ١٨٨.

٢-بداية المجتهد: ج٢، ص ١٣، ونيل الأوطار، ج٦، ص ١٥٠.

٣-المغني: ج٥، ص ١٢٣، والبدائع، ج٢، ص ٢٣٢، والملكية ونظرية العقد، ص ٤٠٦.

فإن اشترى مال ولده، فلا يبرأ عن الثمن حتى ينصب القاضي لولده وصيا، يأخذ الثمن من أبيه، ثم يرده عليه ليحفظه للصغير [1].

ب- الوصي والمقدم:

وبمستوى مختلف، يجيز الفقه المالكي للوصي أو المقدم أن يبيع ماله من القاصر، وأن يشتري مال القاصر لنفسه، دون أن يؤدي ذلك إلى تولي شخص واحد لطرفي العقد؛ لأن الفقه المالكي يشترط هنا الشروط الثلاثة التالية:

١ – أن يكون في بيع مال القاصر للوصي أو المقدم، وكذلك في شرائه منه، مصلحة ظاهرة، ويقدر البعض المصلحة الظاهرة بأن يزيد الثمن بالثلث في شراء مال القاصر، كأن يشتري منه بخمسة عشر ما يساوي عشرة، وبأن ينقص الثمن بالثلث في البيع للقاصر، كأن يشتري بعشرة ما قيمته خمسة عشر، بينما يترك البعض الآخر تقدير المصلحة الظاهرة للقضاء.

٢ – أن يأذن القضاء بهذا البيع أو بهذا الشراء.

٣ – أن ينصب القاضي وصيا خاصا، ليقوم بالقبول لمصلحة القاصر.

ج- الوكيل:

أما الوكيل فلا يجوز له مطلقا أن يتولى طرفي العقد؛ فلا يجوز له أن يشتري مال موكله لنفسه، إذا كان وكيلا بالبيع؛ كما لا يجوز له أن يبيع ماله لموكله، إذا كان وكيلا بالشراء؛ وذلك لمظنة التهمة بصفة أكثر مما في الأب، أو الوصي أو المقدم.[2]

١-انظر شرح الأحكام الشرعية، ج٢، ص ٢٢٤.

٢-المادتان: ١٤٨٣ و ١٤٩٦ من مجلة الأحكام العدلية.



الباب الرابع

مراتب العقود

بين الصحة والبطلان

عندما يوجد إيجاب وقبول غير متطابقين كأن يقول شخص لآخر: زوجتُك ابنتي فاطمة، فيجيب الآخر: قبلت بالزواج من ابنتك عائشة، في هذه الحالة لا يوجد عقد أصلا.

وعند ما يوجد إيجاب وقبول متطابقان، ولكن صدرا من فاقدي الأهلية كصبيين غير مميزين، أو صدرا من أهلين ولكن حول موضوع لا يقبل ورود العقد عليه كبيع الطرق العامة، أو المساجد، في هذه الحال يوجد عقد باطل، والباطل غير موجود بنظر الشارع.

وعند ما تتوفر العناصر الثلاثة: التطابق بين الإيجاب والقبول، والحد الأدنى من الأهلية، وصلاحية المحل لورود العقد عليه، ولكن بجانب ذلك،وجدت صفات متصلة بهذه العناصر تخل بالشرعية مثل جهالة الثمن، أو جهالة الأجل، أو وجود شرط مناقض للعقد، كاشتراط البائع ألا يستعمل المشتري المبيع، وبالمثل ما لو وجد سبب غير مشروع، كمن اكترى دارا لاتخاذها مخمرة، في هذه الحال يوجد عقد فاسد، لدى الحنفية، ويوجد عقد باطل لدى بقية المذاهب الأربعة.

بينما إذا وجدت العناصر الثلاثة وسلمت الصفات المتصلة بالعقد من الخلل، يوجد العقد الصحيح.

إلا أن العقد الصحيح ليس مرتبة واحدة لأنه:

- إذا صدر العقد من شخص كامل الأهلية، وذي ولاية على محل العقد، إما بالأصالة، وإما بالنيابة بأنواعها المختلفة، يكون العقد صحيحا ونافذا.

- وإذا صدر العقد من شخص ناقص الأهلية، كالصبي المميز، أو من كامل الأهلية، ولكن لا ولاية له على موضوع العقد، كما هو حال الفضولي، يوصف العقد هنا بأنه صحيح موقوف.

وبعد الصحة والنفاذ تنقسم العقود إلى نوعين:

- عقد نافد لازم، لا يجوز فسخه إلا بإرادة الطرفين، كالبيع، والنكاح.

- وعقد صحيح نافذ، ولكنه غير لازم، أو جائز، يستقل فيه أحد العاقدين بالفسخ؛ ومثاله عقد الوكالة، فلكل من الوكيل والموكل حق الفسخ، ما لم ينتج عن الفسخ ضرر بحق الغير كما سبق.

وإذن: فالعقد يتدرج من العقد الباطل، إلى العقد الفاسد، إلى الصحيح الموقوف، إلى الصحيح النافذ غير اللازم، وأخيرا إلى الصحيح النافذ اللازم.

ونظرا لأن العقد الفاسد يندرج ضمن العقد الباطل لدى غير الأحناف، ونظرا لأن صفة اللزوم في العقد تتأثر بالخيارات، نرى أن نرتب العقود إلى ثلاث مراتب أساسية: العقد الباطل، والعقد الصحيح الموقوف، وأخيرا العقد الصحيح النافذ.

ونعالج كلا من الثلاثة في فصل مستقل، نازلين من الصحيح النافذ، إلى الصحيح الموقوف، إلى الباطل.

الفصل الأول: العقد الصحيح النافذ

هذا النوع هو عقد يعقده صاحب الشأن بالعقد، كامل الأهلية، أو نائبه من ولي، أو وصي، أو مقدم، أو وكيل، مع استكمال شروط المشروعية في الصيغة، وفي الموضوع، وفي السبب.

والعقد الصحيح النافذ، كما سلفت الإشارة، نوعان: لازم، وغير لازم، واللازم هو الذي لا يستبد طرف واحد بفسخه، وإنما يحتاج فسخه إلى إرادة الطرفين، ويضم -لدن المالكية – كلا من البيع، والإجارة، والنكاح، والهبة، والصدقة، وعقود الولايات العامة كالإمارة، والقضاء وما إليهما.

وكما يكون اللزوم من جهتين قد يكون من جهة واحدة، وهذا واضح في عقدي الرهن والكفالة، فعقد الرهن لازم للراهن المدين، ولكنه جائز بالنسبة للمرتهن الدائن، والكفالة لازمة للكفيل، ولكنها جائزة بالنسبة للمكفول له.

أما العقد النافذ غير اللازم فهو ما يستبد طرف واحد بفسخه، دون موافقة الطرف الآخر، بل ودون علمه، ويضم –لدن المالكية – الجُعالة، والقراض، والمغارسة، والوكالة، والتحكيم؛ فيجوز في هذه العقود لكل من الطرفين أن يفسخ العقد؛ ففي الجعالة، مثلا، وهي صورة من صور الإجارة، يجوز لصاحب المال الضائع أن يفسخ ما أعلن عنه من التزام بجعل[1]. لمن يرد عليه ماله، أو ينجز لمصلحته عملا معينا، مقابل هذا الجعل، وكذلك الأمر بالنسبة للملتزم بالعمل يجوز له الفسخ أيضا بإرادته المنفردة، والأمر بالمثل في باقي العقود. وبالطبع يتقيد حق الفسخ بعدم الإضرار بحق الغير، فلا ضرر ولا ضرار في الإسلام[2].

إن العقد اللازم يفقد صفة اللزوم إذا اتصلت به الخيارات المختلفة، التي تنتج إما عن إرادة أحد الطرفين، أو إرادتهما معا، كما هو الحال في خيار

١-الجعل (بضم فسكون): مال يدفع عوضا في عقد الجعالة.

٢-الفروق:ج٤،ص١٣ ،وتهذيب الفروق،ج٤، ص٣١.

الشرط، وإما عن إرادة الشارع، جل وعلا، كما في خيار العيب والرؤية.

ونفصل القول في خيارات أربعة هي: خيار الشرط، وخيار العيب، وخيار الرؤية، وخيار النقد، وذلك في فروع أربعة:

الفرع الأول: خيار الشرط.

الخيار معناه: أن أحد المتعاقدين، أو المتعاقدين معا، لهما أن يختارا: إما فسخ العقد وإما إمضاءه خلال مدة محددة.

وخيار الشرط هو الخيار الذي يشترطه البائع، مثلا، أو المؤجر في عقد الإجارة، ونتيجة لذلك، يكون له الحق في فسخ العقد أو إمضائه خلال فترة معينة، تكفي لأن يتبين من له الخيار أمر منافع العقد ومضاره، وحالة الموضوع، عن طريق الاختبار، أو عن طريق المشورة والاستعانة بخبرة الغير.

جاء في المدونة: «قلت لعبد الرحمن بن القاسم: صف لي بيع الخيار في قول مالك؟ قال: قال مالك: بيع الخيار: أن يقول الرجل: أبيع منك هذا الثوب، أو هذه الدار،... أو هذه الدابة، وأنا عليك فيها بالخيار هذا اليوم، أو هذه الجمعة، أو هذا الشهر».[١]

وأصل خيار الشرط عدة أحاديث منها:

- ما رواه عبد الله بن عمر « أن رسول الله ﷺ قال: البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه، ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار»[٢]، فالرسول ﷺ جعل المتبايعين بالخيار ما داما لم يتفرقا عن العقد، فإذا تفرقا لزمهما العقد، واستثنى من ذلك بيع الخيار، حيث يتفرق المتعاقدان، ومع ذلك يظل العقد غير لازم إلى نهاية أجل الخيار.

- وما رواه عبد الله بن عمر أيضا قال: « سمعت رجلا من الأنصار يشكو

١-المدونة،ج٤،ص١٧٠.

٢-صحيح مسلم رقم: ٥٣١.

إلى النبي ﷺ أنه لا يزال يغبن في البيوع، فقال عليه السلام: إذا بايعت فقل: لا خلابة، ثم أنت بالخيار، في كل سلعة ابتعتها، ثلاث ليال؛ فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فاردد»[1]. فالرسول عليه السلام جعل للأنصاري، وهو حبان بن منقذ، أن يشترط على المتعامل معه ألا يخادعه في المعاملة، وأنه إن خودع كان له الخيار في الفسخ والإمضاء ثلاث ليال، للتخلص مما قد يكون من غش أو غبن.

وخيار الشرط يمارس في مجال محدد، ومن طرف أشخاص يشترطون هذا الخيار أو يشترطه لهم الغير، فتنشأ عن ذلك آثار كحق الإجازة والفسخ، وكتحمل الضمان عند تلف الموضوع في مدة الخيار، وكوراثة الخيار، ثم يسقط الخيار أو ينتهي إذا لم يمارس في المدة المحددة.

ونقول كلمة عن مجال خيار الشرط أولا، ثم عن الأشخاص الذين يكون لهم حق الخيار، لنصل إلى الحديث عن آثار خيار الشرط، قبل أن نختم بنبذة عن انتهاء هذا الخيار.

ويتم هذا في أربعة مباحث:

المبحث الأول: مجال خيار الشرط ومدته.

١- خيار الشرط لا يكون في كل العقود، فهناك عقود كالنكاح والخلع، لا تقبل خيار الشرط؛ لأن هذا النوع من العقود مبناه على الإحسان والمكارمة، وخيار الشرط مبناه على توازن الأخذ والعطاء بين طرفي العقد.

وبالمثل لا يجوز خيار الشرط في العقود التي يشترط لصحتها فورية التقابض، كالصرف، وبيع الموارد الربوية؛ لأن الخيار في هذه يخل بالتناجز، جاء في المدونة:

« قلت: أرأيت إن صرفت دراهم بدنانير على أن أحدنا بالخيار؟

١-نصب الراية: ج٤ ص ٧، وموطأ مالك بشرح الزرقاني، ج٤ ص ٣٤٢، وصحيح البخاري بشرح الفتح، ج٤ ص ٣٣٧.

قال: قال مالك: لا يجوز هذا في الصرف، وهذا باطل، ولا يجوز الخيار في الصرف،...، ولا يجوز في الصرف إلا المناجزة »[1].

وأيضا لا يكون خيار الشرط في العقود الجائزة، كالوكالة، لأن اختيار الفسخ والإمضاء ثابت فيهما من طبيعة العقد، دون حاجة إلى اشتراط[2]. إنما يكون خيار الشرط في عقود المعاوضة اللازمة، كالبيع والإجارة وما إليهما.

٢- يشترط هذا الخيار حين التعاقد، وقد يلحق بالعقد بعد تمامه، لكن الخيار السابق على التعاقد لا يعتبر. جاء في المدونة: « قلت: أرأيت إن اشتريت سلعة من رجل، ثم لقيته بعد يوم، أو يومين، فجعلت له الخيار، أو جعل لي، أيلزم هذا الخيار أو لا؟ قال: نعم، إذا كان يجوز في مثله، وهو بمنزلة بيعك إياه بالثمن من غيره، وله الخيار عليك، أو لك عليه »[3].

٣- أما مدة الخيار فاختلف فيها إلى اتجاهين:

أ- يرى أبو حنيفة والشافعي: أن مدة الخيار هي ثلاثة أيام فما دونها، ولا يجوز أكثر من ثلاثة أيام؛ لأن تأخير مفعول العقد اللازم عن تاريخ الانعقاد هو رخصة، والرخصة لا يتوسع فيها لأكثر من الوارد، وقد أباح الرسول ﷺ لحبان بن منقذ أن يشترط الخيار لمدة ثلاثة أيام، فلا يتجاوز هذا التحديد، وهم يستدلون على هذا الفهم بأثر ينسبونه إلى عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، قال عمر، لما طلب إليه التوسعة في مدة هذا الخيار: «ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ، إنه كان ضرير البصر، فجعل له رسول الله ﷺ عهدة ثلاثة أيام فيما اشترى، فإن رضي أخذ، وإن سخط ترك»[4].

١-المدونة، ج٤، ص ١٨٩.

٢-المقدمات ص ٥٥٧، والمغني، ج٣، ص ٥٩٤.

٣-المدونة، ج ٤، ص ١٧٧، وشرح المجلة لسليم رستم، ص ١٥٦.

٤-نصب الراية، ج٤، ص ٨.

ب- وبالمقابل يرى مالك وأحمد: أن شرط الخيار رخصة وجدت لحاجة المتعاملين، وما وجد للحاجة يتقدر بقدرها، ومن ذلك كان العدد في الحديث مجرد مثال، لا مفهوم له، فالمواد التي يمكن اختبارها في زمن قصير، أو التي يلاحقها الفساد بسرعة كالفواكه، تكون مدة الخيار فيها يوما واحدا، والثياب، والعروض، والحيوانات، على اختلاف أنواعها، تكون مدة الخيار فيها ثلاثة أيام، والعقارات من الدور والأرضين تكون مدة الخيار فيها من شهر إلى شهرين[1].

وبالإضافة إلى طبيعة شرط الخيار كتلبية للحاجات، استند هؤلاء إلى أثر نسب لعبد الله بن عمر: « أنه أجاز الخيار إلى شهرين »[2]. يقول محمد بن عاصم من متأخري المالكية بغرناطة

بيع الخيار جائز الوقوع لأجل يليق بالمبيـع[3]

هذا فيما يخص تحديد مدة الخيار، أما لو اشترط الخيار دون تحديد للمدة، فقد رأى الإمامان أبو حنيفة والشافعي: أن شرط الخيار باطل، وأن ما يتصل به الشرط كعقد البيع، يكون باطلا أيضا، لوجود الغرر في الأجل.

فيما يرى الإمامان مالك وأحمد: أن شرط الخيار صحيح، ويرد إلى أجل المثل حسب العرف[4].

جاء في المدونة: « قلت: أرأيت إن اشتريت سلعة على أني بالخيار، ولم يجعل للخيار وقتا، أترى هذا البيع فاسدا، أو جائزا؟ قال: أراه جائزا، وأجعل له من الخيار مثل ما يكون له في مثل تلك السلعة »[5].

١-المقدمات ص ٥٥٩، والمغني، ج٣، ص ٥٨٦.

٢-نصب الراية، ج٤، ص ٨.

٣-شرح محمد ميارة على التحفة، ج٢، ص ٢.

٤-رحمة الأمة، ج١، ص ١٦٠.

٥-المدونة، ج٤، ص ١٩٩.

المبحث الثاني: من له خيار الشرط؟

يجوز أن يشترط الخيار أحد المتعاقدين، أو المتعاقدان معا، كما يجوز أن يشترطه أحد المتعاقدين لشخص ثالث أجنبي عن العقد، ففي عقد البيع مثلا، يجوز أن يشترط الخيار البائع، أو المشتري، أو هما معا، لأنفسهما، أو لشخص ثالث.

جاء في المدونة: « قلت لابن القاسم: والخيار إن اشترطه البائع فهو جائز، مثلما لو اشترطه المبتاع، في قول مالك؟ قال: نعم »[1].

« قلت: أرأيت إن بعت سلعة من رجل، على أن أخي، أو رجلا أجنبيا بالخيار أياما، أيجوز هذا البيع أم لا؟ قال: قال مالك:... لا بأس به »[2].

لكن، عند جعل هذا الخيار لطرف ثالث، من يكون له حق استعمال الخيار، هل يعود هذا الحق للمتعاقد، أم للطرف الثالث الذي جعل له ؟

يفصل المالكية في هذا بناء على صفة من اشترط الخيار لغيره، هل هو وكيل يشتري، مثلا، للغير، وربما كان اشتراطه خيار الأصيل يدخل في نطاق قيود الوكالة، أو هو أصيل يشتري لنفسه، واشتراطه الخيار للغير هو لمجرد التبين والمشورة ؟

فإن كان مشترط الخيار لغيره وكيلا، كان حق استعمال الخيار للموكل، ولو تعارضت رغبة الوكيل والموكل في إجازة العقد أو فسخه قدمت رغبة الموكل.

جاء للإمام مالك: « قلت: أرأيت إن اشتريت سلعة لفلان، اشتريتها له، على أنه بالخيار ثلاثا ؟

قال: ذلك جائز.

قلت: فإن اختار المشتري على أن يجيز على فلان، المشترى له، أيجوز هذا ؟

١-المدونة، ج٤، ص ١٧١.

٢-المدونة، ج٤، ص ١٧٨.

قال: لا يجوز ذلك حتى يجيزها هو على نفسه.

قلت: وهذا قول مالك ؟

قال: نعم »[1].

أما إذا كان مشترط الخيار أصيلا، والغير الذي اشترط الخيار له، هو مجرد مشاور، أو مساعد في تبين حقيقة المعقود عليه؛ هنا يفرق الفقه المالكي، أيضا، بين اشتراط مشورة هذا الغير، وبين اشتراط رضاه، أو اختياره.

فإذا اشترط المتعاقد مشورة الغير، كان حق الإجازة والفسخ للمتعاقد؛ لأن المشورة هنا غير ملزمة، والمتعاقد الأصيل لو تبين أمره، وقرر الإمضاء أو الفسخ، يعتبر قراره ولو خالف من جعل له المشورة.

ويكون الأمر بالعكس إذا اشترط المتعاقد رضا الغير، أو خياره، بحيث يصبح ملزما باحترام قرار هذا الغير في الإجازة والفسخ.

جاء في المدونة: « قلت: أرأيت إن اشتريت سلعة، على أن فلانا بالخيار ثلاثا، لرجل أجنبي، أو ذي قرابة لي، أو على إن رضي فلان، أو على أن أستشير فلانا، أيجوز هذا البيع في قول مالك ؟

قال: قال مالك: إذا اشترى الرجل على أن يستشير فلانا، فالبيع جائز.

قال مالك: فإن اختار المشتري الشراء، وقال البائع: ليس لك أن تختار حتى تستشير فلانا، لم يلتفت إلى قول البائع، وكانت السلعة للمشتري.

قلت: فإن أراد أن يرد ؟

قال: ذلك له.

فإن قال البائع: ليس ذلك لك حتى تستشير فلانا، لم يلتفت إلى قول البائع.

١-المدونة، ج٤، ص ١٧٨.

قال مالك: والذي اشترى على إن رضي فلان، فليس لذلك المشتري أن يمضي ولا يرد، حتى يرضى فلان الذي جعل له الرضا. والذي اشترى على أن فلانا بالخيار مثل ذلك»[1].

المبحث الثالث: آثار خيار الشرط

تترتب على خيار الشرط أربعة آثار نعالجها في أربعة مطالب:

المطلب الأول: حق الإجازة والفسخ.

معنى هذا الحق: أن العقد الذي يتصف بالصحة واللزوم يصبح غير لازم بالنسبة لمن له الخيار، فيجوز أن يجيز العقد، وأن يفسخه خلال مدة الخيار، فإن أجازه عادت للعقد صفة اللزوم، وإن فسخه أصبح كأن لم يكن.

والإجازة والفسخ يكونان بالقول « الإجازة القولية هي كل لفظ يدل على الرضا، كأجرت، ورضيت؛ والفسخ القولي هو لفظ يدل على عدم الرضا، كفسخت وتركت » (م: ٣٠٣ مجلة الأحكام).

وأيضا تكون الإجازة والفسخ بالفعل أيضا: « الإجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضا، والفسخ الفعلي هو كل فعل يدل على عدم الرضا.

مثلا: لو كان الخيار للمشتري، فتصرف في المبيع تصرف الملاك، كأن عرضه للبيع، أو رهنه، أو آجره، كان ذلك إجازة فعلية، يلزم بها البيع. وإذا كان الخيار للبائع، فتصرف في المبيع على هذا الوجه، كان فسخا فعليا للبيع» (م: ٣٠٤ مجلة الأحكام).

والأمر بالمثل في الكراء، والمساقاة، والمزارعة وما إليها، إذا كان الخيار لطرف واحد، أما إذا كان الخيار للطرفين معا، للمشتري وللبائع معا، أو للمكتري والمكري معا، فالأمر لا يخلو من إحدى حالات ثلاث:

- أن يجيزا العقد معا فيصبح العقد لازما.
- أن يفسخا العقد معا، فيزول العقد بالمرة.

١-المدونة، ج ٤، ص ١٧٨.

- أن يفسخ أحدهما العقد، ويجيزه الآخر، فيزول العقد كذلك.

- أن يجيز الواحد العقد، ويتوقف الآخر، هنا يسقط الخيار لمن أجاز، ويظل للمتوقف خياره حتى نهاية المدة.

جاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ٣٠٧) عن خيار البائع والمشتري: « إذا اشترط الخيار للبائع والمشتري معا، فأيهما فسخ في أثناء المدة انفسخ البيع، وأيهما أجاز سقط خياره، وبقي الخيار للآخر إلى انتهاء المدة ».

أما لو لم يستعمل من له الخيار حقه في الإجازة أو الفسخ حتى مرت المدة، عن إرادة، أو عن غير إرادة، كما لو جنَّ من له الخيار خلال المدة، في هذه الحالة يصبح العقد لازما بانتهاء مدة الخيار، وهذا لدى الحنفية [١].

بينما يرى المالكية: أن الخيار لا ينتهي إلا بمضي المدة الطويلة بعد انقضاء مدة الخيار، بحيث إذا أراد من له الخيار أن يمارس حق الفسخ أو الإجازة بعد انتهاء مدة الخيار مباشرة، أو في مدة ثلاثة أيام بعد هذا الانتهاء، كان له ذلك، وألزم الطرف الآخر باحترام موقفه.

جاء في المدونة: « قلت: فما قول مالك في رجل باع سلعة، على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام، فقبض المشتري السلعة، فلم يردها حتى مضت أيام الخيار، ثم جاء بها يردها، بعدما مضت أيام الخيار، أيكون له أن يردها أم لا ؟ قال: إن أتى بها بعد مغيب الشمس من آخر أيام الخيار، أو من الغد، أو قرب ذلك، بعد ما مضى الأجل، رأيت أن يردها، وإن تباعد ذلك، لم أر أن يردها »[٢].

ثم عند تطاول الأمد بعد انقضاء مدة الخيار لا يعتبر العقد مجازا بعدم استعمال الخيار، وإنما ينظر بيد من هو موضوع العقد ؟ فإن كان بيد البائع، وكان الخيار له، يظل الموضوع بيده، ويعتبر العقد لاغيا، وإن كان الموضوع قد قبضه المشتري، وكان الخيار له، يظل هذا الموضوع بيد المشتري، ويعتبر

١-المادة ٣٠٥ من المجلة بشرح سليم رستم، ص ١٦٠.

٢-المدونة، ج٤، ص ١٩٨.

العقد مجازا، قال عبد الرحمن ابن القاسم معبرا عن موقف الإمام مالك في هذا: «إنما ينظر إلى السلعة حيث هي، فإذا مضت أيام الخيار، وتطاول ذلك، فيجعلها للذي هي بيده»[1].

لكن عند ما يتخذ من له الخيار قرار فسخ العقد، هل يجب عليه أن يخبر صاحبه بهذا القرار؛ بحيث لا يبدأ مفعول قرار الفسخ إلا منذ العلم، أم يستقل الفاسخ بقراره، ويحدث القرار أثره بتاريخه دون توقف على علم الطرف الآخر؟

قال أبو حنيفة: إن العقد يتصل به حق كل من الطرفين؛ ولذلك فقرار الفسخ لا يرتب مفعوله إلا منذ أن يعلم به الطرف الآخر، وقبله يعتبر العقد لا زال في حالة الخيار.

وقال مالك والشافعي وأحمد: إن قرار الفسخ يرتب أثره دون علم الطرف الآخر، لأن الخيار حق مستقل ترتب عن الشرط، رغم أن الآثار مشتركة[2].

المطلب الثاني: الملكية والضمان.

من يملك موضوع العقد، إذا ارتبط بشرط الخيار، هل تنتقل ملكية العين أو المنفعة، أم تظل بيد من كان مالكا قبل التعاقد؟

أولا: يرى المالكية، ومعهم الشافعية في أحد الأقوال: أن الملكية تظل للمالك قبل العقد، بمعنى تظل الملكية للبائع في عقد البيع بشرط الخيار، ولا تنتقل إلى المشتري، ولو قبض المشتري المبيع كانت يده يد أمين، وليست يد مالك.

ومن آثار هذا الرأي: أن المبيع لو تلف، وهو في يد البائع كان ضمانه من البائع، فيتلف على ذمته، ولو تلف وهو في يد المشتري، خضع للقاعدة التي تنظم الضمان في الأمانات بعامة؛ وضمان الأمانات لدى المالكية يكون على المالك فيما لا يغاب عليه كالعقارات، فيما إذا لم يكن من الأمين تعد

١-المدونة، ج٤، ص ١٩٩، والمغني، ج٣، ص ٥٩١.

٢-المغني، ج٣، ص ٥٩١، ورحمة الأمة، ج١، ص ١٦٠، والمجموع، ج٩ ص ٢٠٠.

أو تقصير، ويكون على الأمين فيما يغاب عليه كالساعة اليدوية، إلا إذا أثبت الأمين، في هذه الحالة الأخيرة، أن التلف كان بسبب قوة قاهرة فوق استطاعته كالحريق، مثلا، فهنا يبرأ الأمين من الضمان ويعود على ذمة المالك.

ويلحق بالضمان غلات المبيع، ونماؤه، كغلات الأراضي الزراعية، وأنسال المواشي. جاء للإمام مالك: « أرأيت أن اشتريت سلعة، على أني بالخيار ثلاثة أيام فتلفت السلعة عندي، قبل أن أختار، ممن مصيبتها في قول مالك؟ قال: إن كانت حيوانا، أو أرضين، أو دورا، فمصيبتها من البائع، وإن كانت غير حيوان، مما يغاب عليه، فهلكت هلاكا ظاهرا، فمصيبتها من البائع، وإن غاب عليها المشتري، ولم يعلم بهلاكها إلا بقوله، لم يصدق »[1].

ومعنى هذا: أن الخيار لدى المالكية لا يؤثر، فقط، على صفة اللزوم، وإنما يؤثر، أيضا على صفة النفاذ، فيصبح العقد، المرتبط بشرط الخيار، وكأنه عقد موقوف.

ثانيا: يفصل الحنفية في البيع بين ما إذا كان شرط الخيار للبائع وحده، أو مع المشتري، وبين ما إذا كان الخيار للمشتري وحده.

فإذا كان الخيار للطرفين، أو للبائع وحده، ظلت الملكية للمالك قبل العقد، وفي هذه الحالة لو ضاع المبيع في يد المشتري بتعد أو تقصير، لزمه أداء المثل أو القيمة؛ لأن يد المشتري هي يد أمين، وليست يد مالك، والأمين يتحمل الضمان عند التعدي أو التقصير لدى الأحناف، وهو لا يتحمل أي ضمان في حالة القوة القاهرة.

أما إذا كان الخيار للمشتري وحده، فإن الملكية تنتقل من ذمة البائع إلى ذمة المشتري، ولو ضاع المبيع، في هذه الحالة، كان ضياعه على ذمة المشتري، لأنه المالك [2].

١-المدونة، ج٤، ص ١٩٢.

٢-المغني، ج٣، ص ٥٦٩، والمجموع، ج٩، ص ٢١١، ورحمة الأمة، ج١، ص ١٦٠، وشرح مجلة الأحكام لسليم رستم، ص ١٦٢.

ثالثا: يرى الحنابلة: أن الملكية تنتقل إلى المتعاقد.

المطلب الثالث: قبض الموضوع وأداء العوض.

١- يجوز قبض موضوع العقد عند اشتراط الخيار؛ لأن القبض، بالإضافة إلى كونه من آثار العقد، هو وسيلة لممارسة الخيار، فالحصان، مثلا، عند شرائه بشرط الخيار، يقبضه المشتري لاختباره بالركوب، والدار تحاز لاختبار نوع البناء، وعمق الأسس، والأرض الزراعية تحاز لاختبار نوع التربة، ومدى القدرة على الإنتاج، وهكذا.

إلا أن استعمال القابض يقتصر على ما يعتبر، عرفا، من نطاق الاختبار، فإذا تجاوز القابض هذا المستوى، وتصرف تصرف المالك، اعتبر تصرفه قطعا للخيار، وإجازة للعقد، وذلك مثل أن يرهن المشتري الموضوع أو يؤجره أو يسافر بالحصان أو السيارة مسافة طويلة تزيد على ما يعتبره العرف مسافة الاختبار[1].

٢ - وبالمثل، يجوز -لدى المالكية- أداء العوض أو الثمن، لكن مع الكراهة، غير أن الأداء لا يصح، ويفسد به العقد، إذا كان بشرط من المتسلم لذلك العوض أو الثمن؛ لأن الأداء حينئذ يصبح فقدانا للتوازن بين الطرفين، عن طريق استغلال البائع للمشتري، مثلا، بتسلم الثمن في عقد بيع مهدد بالفسخ، ولأن الاشتراط يؤدي إلى تداخل عقدين، كالبيع والسلف عند اشتراط الأداء في عقد البيع؛ وتداخل عقدي البيع والسلف ممنوع لما أخرج الإمام مالك: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وسلف»[2].

جاء في المدونة: « قلت: أرأيت كل شيء اشتراه الرجل من حيوان، أو دور، أو أرضين، أو نخل، أو عروض، أو شيء مما يقع عليه بياعات الناس؛ اشتراه رجل، واشترط الخيار يوما، أو يومين، أو ثلاثة، أو أربعة، أو أكثر من ذلك، أيصلح فيه النقد في قول مالك ؟ قال: لا. قلت: فإن اشترط النقد ؟ قال:

١-المغني، ج٣، ص ٣٧٨، والمادة ٣٠٤ من مجلة الأحكام.

٢-الموطأ برواية يحيى، ص ٦٥٧.

فقد وقعت الصفقة، في قول مالك، فاسدة. قال: وقال مالك: لا يصلح النقد في الخيار. قلت: فإن لم يشترطوا النقد، وقعت الصفقة صحيحة، ويكون بيعا جائزا ؟ قال: نعم »[1].

المطلب الرابع: وراثة الخيار.

إذا مات من له خيار الشرط في عقد من العقود، فهل ينتقل هذا الخيار إلى ورثته، كما تنتقل الأموال، أم أن الخيار سيبطل، ويصير العقد نهائيا ؟

أ – قال مالك والشافعي وأحمد: إن الحقوق تورث كما تورث الأموال؛ ومن ذلك خيار الشرط، فيحل فيه الورثة مكان الموروث، ويصير لهم أن يفسخوا العقد، وأن يجيزوه كما كان لموروثهم.

جاء في المدونة: « قلت لابن القاسم: أرأيت إن اشتريت سلعة، على أني فيها بالخيار، أو على أن البائع فيها بالخيار ثلاثا، أليس من مات منا فورثته مكانه في الخيار، يقومون مقامه، ويكون لهم ما كان للميت في قول مالك ؟ قال: قال مالك: لورثته من الخيار ما كان للمالك. قلت: أرأيت الخيار، لم جعل مالك ورثته يقومون مقامه، وجعل الخيار يورث، وإنما الخيار مشيئة كانت للميت، إن شاء أمضى البيع، وإن شاء رد، فإذا مات، قال مالك: فورثته مكانه، فورثهم مشيئة كانت للميت ؟ قال: لأنه حق كان للميت، فورثته بمنزلته في ذلك »[2].

ب– وقال الأحناف عن خيار الشرط: لا يورث، لأنه حق، وما يورث هو الأموال دون الحقوق[3]؛ وإذن يكون مصير خيار الشرط عند الموت: أن يبطل، ويصبح العقد نهائيا، فقد نصت مجلة الأحكام العدلية (م:٣٠٦): «خيار الشرط لا يورث، فإذا كان الخيار للبائع ومات في مدته، ملك المشتري المبيع، وإذا كان للمشتري فمات، ملكه ورثته بلا خيار ».

١-المدونة، ج٤، ص ١٩٤.

٢-المدونة، ج٤،، ص ١٧٢ – ١٧٣.

٣-بداية المجتهد، ج٢، ص ١٥٩.

المبحث الرابع: انتهاء خيار الشرط.

ينتهي خيار الشرط بالوسائل التالية:

١- اختيار من له الخيار إمضاء العقد أو فسخه، فإذا اختار الإمضاء أصبح العقد باتا، وسقط الخيار، وإذا اختار الفسخ، سقط الخيار كذلك، وانعدم العقد.

٢- مرور مدة الخيار دون أن يتخذ من له الخيار قراره بالإمضاء، أو بالفسخ، على الخلاف الذي سبق بيانه.

٣- هلاك موضوع العقد، سواء أكان الهلاك قبل أن يقبضه الطرف الآخر، كالمشتري، أم هلك بعد القبض بيد المشتري، وآثار الهلاك من حيث الضمان سلف بيانها.

٤- موت من له الخيار على رأي الأحناف بعدم وراثة الخيار كما سبق[١].

الفرع الثاني: خيار العيب.

خيار العيب هو إمكانية الإجازة أو الفسخ يملكها من تعاقد بدون أي شرط، ثم بعد التعاقد، وجد موضوع العقد المعين على خلاف ما هدف أن يصل إليه من وراء العقد، وعلى خلاف ما تصوره؛ ففي عقد البيع، مثلا، يلتزم المشتري بالثمن كما اتفق عليه، وذلك في مقابل أن يتوصل بالمبيع المعين [٢] على الصفة التي تحقق هدفه من العقد؛ فإذا تبين بعد العقد أن المبيع كانت به بعض العيوب المخلة بالهدف، كان ذلك دليلا على أن ما انصب عليه التراضي، لم يتحقق في جانب المشتري، وأن ظلما لحقه من جراء ذلك، وبدا واضحا أن من العدالة أن يكون هذا المشتري بالخيار في إجازة هذا العقد أو فسخه، حتى يصحح ما اختل من رضاه بهذه المخالفة.

١-البدائع: ج٥، ص ٢٧٢، والفقه الإسلامي لمحمد يوسف موسى، ص ٤٧٠، ولمحمد سلام مذكور ص ٥٤٧، والمدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص٦٠٥..

٢-لا يكون خيار العيب في المبيع الذي في الذمة كموضوع العقد في بيع السلم.

وإذن فخيار العيب يعود من جهة، إلى سلامة الموضوع المشترطة ضمنا في العقد، كما يعود هذا الخيار، من جهة ثانية، إلى تصحيح خلل الرضا.

إن الإسلام يحرص على أن تنبني الإرادة الإنسانية حين التعاقد على تصور حقيقي لموضوع العقد؛ ومن ذلك أمر البائع ألا يخفي عن المشتري عيوب المبيع، وأن يعلنها له، حتى يكون على بينة من أمره، فيكون رضاه كاملا، قال الرسول ﷺ: « المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا، فيه عيب، إلا بينه له »[1]

ولنفس الهدف نهى الرسول ﷺ عن الغش والتدليس في البيوع، فقد مر رسول الله ﷺ برجل يبيع طعاما، فسأله كيف تبيع ؟ فأخبره، فأوحي إليه: أن أدخل يدك فيه، فإذا هو مبلول، فقال رسول الله ﷺ: « ليس منا من غش»[2]. ووجد الرسول ﷺ بعض تجار المواشي يتركون حلب الإبل والبقر والغنم عدة أيام، قبل إدخالها إلى السوق، لإيهام المشتري أن المواشي غزيرة اللبن، على خلاف الحقيقة، فنهى عن ذلك: « لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها: إن شاء أمسك، وإن شاء ردها، وصاعا من تمر »[3].

لكن ما هي شروط العيب الذي يوجب الخيار ؟ وما آثار هذا الخيار في حالة بقاء الموضوع كما هو، وفي حالة تغيره بالنقص أو بالزيادة ؟ ثم بم يسقط هذا الخيار ؟

أسئلة ثلاثة نجيب عنها في المباحث الثلاثة التالية:

١-سنن ابن ماجة، رقم: ٢٤٦.

٢-مسند أحمد، ج٢، ص ٢٤٢.

٣-صحيح البخاري بشرح الفتح، ج٤، ص ٣٦١.

المبحث الأول: العيب الذي يوجب الخيار.

العيب بعقود المعاوضات هو ما كان مؤثرا في قيمة الموضوع، ويعرفه الحنفية بأنه: « ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة »[1].

فعيوب الحيوان كالفرس عند البيع، مثلا:

أ- أن يكون أحنف: إحدى عينيه زرقاء، والأخرى سوداء.

ب- أن يكون حرنا، يقف عن السير ولا ينقاد.

ج - أن يكون جموحا، يشتد على الراكب فيغلبه.

وعيوب العقارات كالدور عند البيع أو الكراء، مثلا:

أ - أن يكون جارها سيء الأخلاق، بشرب الخمر، مثلا [2].

والعيب في عقود الأحوال الشخصية ما كان يحدث ضررا غير يسير لأحد الطرفين، كأن يكون أحد الزوجين مصابا بالجنون، أو بمرض بدني كالجذام والبرص، أو بمرض جنسي.

إن العيب لا يوجب الخيار إلا إذا توافرت فيه شروط أربعة:

أ- أن يكون العيب قديما، ومعنى القدم هنا: أن يكون العيب قد وجد قبل اتصال المتعاقد الآخر بالموضوع؛ بحيث يكون العيب في عقد البيع، مثلا، حاصلا إما قبل العقد بالمرة، وإما بعد العقد، وقبل تسلم المشتري للموضوع. فإذا حدث العيب عند المشتري لا يخول ذلك خيارا بين الإمضاء والفسخ؛ لأن الموضوع يكون قد دخل في ملكية المشتري وهو سليم.

إلا أن المالكية انفردوا هنا بما أسموه، في عقد البيع، بعهدة الثلاث، وعهدة السنة؛ وعهدة الثلاث تعني: أن المشتري يكون بالخيار حتى بعد تسلم الموضوع لمدة ثلاثة أيام، فما حدث من العيوب في هذه الثلاثة أيام يكون من ضمان البائع.

١-المادة ٣٣٨ من مجلة الأحكام العدلية.

٢-مواهب الجليل، ج٤، ص ٤٣٦.

وعهدة السنة تعني أيضا: أن يكون المشتري كذلك بالخيار لمدة سنة، في عيوب ثلاثة هي: الجنون، والجذام، والبرص.

وحجة المالكية في العهدتين: أن بعض العيوب التي تحدث عند المشتري قد تكون امتدادا لخطوات خطاها العيب في الموضوع وهو بيد البائع؛ كما أنهم يستندون إلى حديث مختلف في سنده، يثبت عهدة الثلاث، وهو: « لا عهدة بعد أربع »[1].

إن قدم العيب معناه عيب رضا المتعاقد، وحدوث العيب بعد قبض المتعاقد للموضوع، يعني: أن العقد تم كامل السلامة، وأن تسلم الموضوع تم كذلك دون وجود عيب.

ب - أن يكون الطرف الآخر للعقد كالمشتري، لم يعلم بالعيب عند العقد أو عند قبض الموضوع؛ لأنه في هذه الحالة وحدها يتحقق عيب الرضا، أما إذا علم الطرف الآخر بالعيب، ورغم ذلك، قبل بالعقد، وقبض الموضوع، في هذه الحال لا يكون العيب مخلا بالرضا؛ لأن المتعاقد الآخر يكون قد رضي بالمبيع كما هو، موصوفا بالعيب.

جاء في مجلة الأحكام (م: ٣٤٣): « إذا اشترى مالا، وقبله بجميع العيوب، لا تسمع منه دعوى العيب بعد ذلك. مثلا: لو اشترى حيوانا بجميع العيوب، وقال: قبلته مكسرا، محطما، أعرج، معيبا، فلا يبقى له بعد ذلك أن يدعى بعيب قديم فيه ».

ج - أن يستمر العيب موجودا بعد قبض الموضوع، أو بعد الاتصال به، فلو اشترى واحد ثورا، وبعد قبضه اكتشف فيه مرضا قديما، كان قد أصاب الثور، وهو عند البائع، ثم شفي الثور، في هذه الحال لا يكون للمشتري حق الخيار بالعيب؛ لأن العيب قد زال ورضا المتعاقد لم يعد مشوبا بأي خلل تجاه الموضوع.

١-سنن ابن ماجة، رقم: ٢٤٥. ومسند أحمد، ج٤، ص ١٤٣، وانظر موطأ الإمام مالك برواية يحيى، ص ٦١٢، وبداية المجتهد، ج٢، ص ١٣٣.

د – ألا يكون المتعاقد الأصلي، كالبائع قد تبرأ إلى المتعاقد الآخر من كل عيب يجده بالموضوع، فقبل الأخير بذلك، هنا يكون المشتري، مثلا، قد دخل على احتمال وجود العيب، فلا يكون رضاه مشوبا بالخلل.

جاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ٣٤٢): « إذا باع مالا، على أنه بريء من كل عيب ظهر فيه، لا يبقى للمشتري خيار العيب ».

المبحث الثاني: آثار خيار العيب.

أولا: خيار العيب يمنح المتضرر من العيب حق مراجعة العقد، واتخاذ موقف جديد بالرفض أو بالقبول.

تمارس هذه المراجعة فور العثور على العيب عند مالك والشافعي، بحيث إذا علم المتضرر بالعيب وسكت مدة، كان ذلك دليلا على قبوله بالعيب؛ بينما يرى الحنابلة والحنفية: أن الرد بالعيب يكون على التراخي؛ فمتى ثبت الحق في المراجعة إلا ويكون لصاحب الحق ممارسته ولو طالت المدة؛ لأن الحقوق في الإسلام لا تسقط بطول المدة [1].

وعند الممارسة، إذا رد المشتري المبيع، فإنه يسترد جميع الثمن، الذي كان قد سلمه للبائع، فيعود الطرفان إلى ما كانا عليه قبل العقد.

وإذا احتفظ المشتري بالمبيع لم يكن له أن يطالب البائع بما يقابل العيب من الثمن؛ لأن العقد تم على جميع الموضوع وعلى جميع الثمن؛ فإما أن تقبل نتائج العقد كلها، أو ترفض كلها، هذا مذهب الأئمة الثلاثة، أبي حنيفة، ومالك، والشافعي: جاء في مجلة الأحكام (م: ٥٣٧): « ما بيع مطلقا، إذا ظهر فيه عيب قديم، يكون المشتري مخيرا فيه، إن شاء قبله بثمنه المسمى، وإن شاء رده، وليس له أن يمسك المبيع، ويحط ما نقصه العيب من ثمنه ».

بينما يرى الحنابلة: أن الخيار يضم ثلاثة عناصر، العنصرين السابقين، وعنصرا ثالثا، هو أن يمسك المشتري الموضوع، ويعود بقيمة العيب على

١–رحمة الأمة، ج١، ص ١٧٢، والمغني،ج٥، ص ١٦٠.

البائع، بحيث إذا امتنع البائع من دفع قيمة العيب، يجبر على ذلك بكل الوسائل [1].

وبالطبع تبقى محاولات الصلح مفتوحة بين الطرفين، فلو تراضى الطرفان على أن يمسك المشتري المبيع ويدفع البائع مقابلا متفقا عليه للعيب، جاز ذلك.

هذا إذا كان الموضوع لا زال كما كان لم يتغير بنقص ولا بزيادة، أما إذا تغير الموضوع، فيفصل في الأمر كما يلي:

١ – تغير الموضوع بالنقص له احتمالان في المذهب المالكي:

أ – تغير في القيمة بهبوط الأسعار، كأن يكون الموضوع آنية معيبة ببعض الشقوق، قيمتها عند ما تسلمها المشتري مائة درهم، ثم هبطت هذه القيمة بتغير السوق، إلى ثمانين درهما؛ هنا يتم الرد إذا اختاره المشتري، وكأن تغييرا لم يحدث.

ب – تغير في ذات الموضوع بالنقص عن طريق المرض، مثلا، كمن اشترى ثورا بثلاثة آلاف درهم، فوجد به عيبا هو الإذاية بالنطح، أو الركل، فقرر المشتري رده إلى صاحبه، واسترداد الثمن، ولكن الثور مرض، فنقصت قيمته بفعل المرض، فأصبح يساوي خمس مائة وألفي درهم فقط، هنا يخير المشتري بين أن يحتفظ بالمبيع، ويضع عنه البائع من الثمن مقدار العيب، وبين أن يرد المبيع على البائع، ويعطيه قيمة العيب الذي حدث عنده، إلا أنه إذا كان البائع قد دلس بإخفاء العيب، فيرد المشتري المبيع دون أي مقابل للعيب الحادث عند هذا المشتري.

ويعلل المالكية هذا بأن البائع إما مقصر؛ لم يكتشف العيب في المبيع عنده قبل عرضه للبيع، وإما كاتم للعيب بعد أن اكتشفه؛ وفي كلتا الحالتين يوجد منه ما يعتبر خطأ يبرر مساءلته بحرمانه من الخيار، من جهة، وبحرمانه من التعويض عن النقص الذي حدث عند المشتري.

١-رحمة الأمة، ج١، ص ١٧٢.



٢ – تغير الموضوع بالزيادة له احتمالان، أيضا، في المذهب المالكي:

أ – تغير بالزيادة المتصلة كصبغ الثوب المعيب ورقمه بما يزيد في قيمته، من لدن المشتري، وذلك قبل العثور على العيب، هنا يكون الخيار للمشتري أيضا بين إمساك الموضوع والرجوع بقيمة العيب، وبين الرد وصيرورة المشتري شريكا للبائع بالقيمة الزائدة في الموضوع.

ب – تغير بالزيادة المنفصلة كالأنسال والثمار والغلال، سواء حصلت الزيادة قبل العثور على العيب أو بعده، في هذه الحال يفرق المالكية بين الأنسال، فتتبع هذه الأصل، ويردها المشتري مع الأصل عند اختياره الرد، وبين الثمار والغلات حيث يملكها المشتري، وإن اختار رد الأصل، استعمالا للقاعدة «الخراج بالضمان»[١].

ثانيا: أما الضرر في عقد النكاح فيمنح الزوج السليم الخيار بين إمضاء النكاح وفسخه في عيوب أربعة هي:[٢]الجنون، من الأمراض العقلية، والبرص والجذام من الأمراض البدنية، ثم أدواء الفروج العائقة للمعاشرة الجنسية التي سجل الفقه المالكي أمثلة منها، فمن أمثلة هذه الأدواء لدى الرجال:

- أن يكون الزوج مجبوبا، يعني مقطوع الذكر والأنثيين معا.
- أن يكون الزوج مخصيا، بمعنى أن يكون مقطوع الذكر، أو الأنثيين.
- أن يكون عنينا، بمعنى أن يكون ذكره صغيرا جدا، لا يتأتى معه الجماع.

ومن أمثلة هذه الأدواء لدى النساء:

١-بداية المجتهد: ج٢ ص ١٣٦-١٣٨. والقاعدة حديث أخرجه ابن ماجة رقم: ٢٢٤٣، وأحمد في المسند، ج٦ ص ٤٩.

٢-شرح محمد ميارة على التحفة، ج١، ص ٢٠٢ – ٢١٣. ولا طلاق: لا خلاص ومعنى البيت الأخير: أن الزوجة يرد نكاحها إذا اختار الزوج الرد عندما يحدث العيب قبل العقد، أما العيب الذي يحدث بعد العقد فهو مصيبة نزلت بالزوج، ولا يعطيه حق الخيار.

- الرتق (بفتح السكون): وهو التصاق موضع الوطء والتحامه.

- العضل (بفتحتين): وهو بروز لحم في الفرج.

- القرن (بفتح فسكون): وهو بروز لحم أو عظم في موضع الوطء، وغالبا ما يكون ذلك من أصل الخلقة.

- الإفضاء: وهو اختلاط محل البول والوطء في الفرج.

إلا أن أثر الخيار في عقد النكاح يتوقف، لدى المالكية، على دعوى من الطرف السليم، وعلى صدور حكم من القضاء بشأنها، وذلك ليتم التأكد من وجود العيب باستعمال الخبرة، وبالشهادة، ثم التأكد من مدى ضرر العيب على المشتكي؛ وأيضا لتتم محاولة التراضي والنصيحة بالتنازل التي تطلب من القضاء في مثل هذه الأمور ذات الحساسية البالغة [1].

المبحث الثالث: سقوط خيار العيب

يسقط الخيار بعدة وسائل هي:

١ – أن يسقط المتضرر خياره؛ كأن يقول المشتري: أسقطت خياري، أو أبرأت البائع من أي عيب، فالإبراء معناه الإسقاط.

٢ – أن يرضى المتضرر بالعيب، إما صراحة كأن يقول المشتري: رضيت بالعيب، أو قبلت بالعيب، وإما دلالة كأن يتصرف المشتري في المبيع، بعد العلم بالعيب، تصرف المالك؛ وذلك بالبيع، أو بالرهن، أو بالإيجار، أو بتحويل مادة الموضوع كأن يكون ثوبا، فيفصله أو يخيطه لباسا معينا. جاء في مجلة الأحكام (م: ٣٤٤): « بعد اطلاع المشتري على عيب في المبيع، إذا تصرف فيه تصرف الملاك سقط خياره. مثلا: لو عرض المشتري المبيع للبيع، بعد اطلاعه على عيب قديم فيه، كأن عرض المبيع للبيع رضا بالعيب، فلا يرده بعد ذلك».

٣ – هلاك الموضوع؛ لأن بالهلاك يصبح الرد مستحيلا، فيسقط الخيار.

١-بداية المجتهد، ج٢، ص ٣٩.

٤ – نقص الموضوع أو زيادته لدى الأحناف، على خلاف ما سبق أن رأينا لدى المالكية.

الفرع الثالث: خيار الرؤية.

عندما يشتري شخص مالا غائبا، دون رؤية، تكون معرفته بالموضوع ناقصة، وبالتالي يكون الرضا المؤسس على هذه المعرفة الناقصة غير تام، وإذا كان هذا البيع يتم على أساس الوصف، فإن الوصف لا يقوم مقام الرؤية والإدراك المحسوس.

لهذا النقص في المعرفة وفي الرضا، أوجد الشارع خيارا بالإمضاء أو الفسخ لمن يرى موضوع العقد بعد أن تعاقد بشأنه دون رؤية. لكن هل هذا الخيار يثبت تلقائيا عند رؤية الموضوع أم إنه يحتاج إلى أن يشترطه المشتري؟

قال المالكية: إن خيار الرؤية لا يثبت بصفة تلقائية، بل لابد من اشتراطه عند التعاقد، فيكون بهذا نوعا من خيار الشرط، قال عبد السلام سحنون: « قال بعض كبار أصحاب مالك، وجلهم: لا ينعقد البيع إلا على أحد أمرين: إما على صفة يوصف له، أو على رؤية قد عرفها، أو شرط في عقدة البيع: أنه بالخيار إذا رأى السلعة بأعيانها، فكل بيع ينعقد في سلع بأعيانها على غير ما وصفنا، فالبيع منتقض، لا يجوز» [١].

وحجة المالكية في هذا: عدم وجود نص صحيح يطمأن إليه في إثبات خيار الرؤية دون اشتراط.

وقال الحنفية: إن خيار الرؤية يثبت دون حاجة إلى اشتراط؛ لأن النص ورد بهذا الخيار.

تروي كتب الحنفية في الموضوع حديثا، غير سليم السند، يقول: « من اشترى شيئا لم يره، فهو بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه»[٢].

١–المدونة، ج٤، ص ٢٠٨.

٢–الحديث روي مسندا، وفي رواته داهر بن نوح الكردي، وهو وضاع، كما روي مرسلا. انظر نصب الراية: ج٤ ص٩.

كما يستند الحنفية إلى واقعة بيع حدثت بين الصحابة، رضوان الله عليهم، فأقروها، وإقرار الصحابة دليل: لقد باع عثمان بن عفان لطلحة بن عبيد الله أرضا بالبصرة، لم يكن قد رآها أي واحد من الطرفين، لا عثمان كبائع، ولا طلحة كمشتر، « فقيل لعثمان: إنك قد غبنت، فقال عثمان: لي الخيار، لأني بعت ما لم أره، وقال طلحة: لي الخيار، لأني اشتريت ما لم أره، فحكما بينهما جبير بن مطعم، فقضى: أن الخيار لطلحة، ولا خيار لعثمان»[1].

فجبير بن مطعم جعل الخيار للمشتري الذي اشترى ما لم يره، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة حكمه.

وإذا كان خيار الرؤية – كما رأينا – ثابتا، إما بالشرع لدى الأحناف، وإما بالاشتراط لدى المالكية، فمن يمارس هذا الخيار ؟ وفي أي مجال ؟ ومتى يبدأ هذا الخيار في ترتيب آثاره ؟ ومتى تنتهي هذه الآثار ؟ نجيب عن هذا في المباحث الأربعة التالية:

المبحث الأول: من له خيار الرؤية ومجاله ؟

يثبت حق الخيار للمتملك في عقود المعاوضات اللازمة، كالبيع، والإجارة، والقسمة، إذا وردت هذه العقود على شيء يتعين؛ فمن اشترى مالا معينا، دون أن يراه، ومن استأجر مالا معينا دون أن يراه أيضا، ومن اتفق مع شريكه على قسمة مال معين، دون أن يرى نصيبه من هذه القسمة، كل واحد من هؤلاء يكون له حق الخيار بالإمضاء أو الفسخ، عندما يرى موضوع التعاقد؛ فإذا كان الموضوع غير معين، كأن يكون المال الذي يقع عليه الشراء في الذمة كما هو الحال في بيع السلم، في هذه الحال، لا يكون المبيع موضع خيار الرؤية.

لكن هل يثبت الخيار للطرف الآخر (المالك) في هذه العقود، كالبائع والمؤجر، إذا كان لم ير ما باع، أو ما أجر ؟

١–نصب الراية: ج٤، ص ٩.

كان أبو حنيفة يقول، أولا، بحق الخيار للبائع، وللمشتري معا، استنادا إلى ادعاء عثمان أنه بالخيار فيما باع، كما سبق؛ إلا أن أبا حنيفة رجع عن هذا الرأي إلى حكم جبير بن مطعم؛ وذلك لأن خيار البائع مما لا تدعو إليه الحاجة، فباستطاعة البائع ألا يعرض ماله للبيع، إلا بعد معرفته به، بخلاف المشتري، فإن الفرصة قد تضيع عليه لو لم يقبل الشراء على الصفة، مع حق الخيار عند الرؤية، أو مع اشتراط هذا الخيار [1].

المبحث الثاني: وقت بداية خيار الرؤية.

- إذا رأى المشتري، مثلا، المال، ثم اشتراه، لا يكون له خيار الرؤية؛ لأن الرؤية تمت عند التعاقد.

- وإذا رأى المشتري المال قبل التعاقد بمدة، إلا أنه عند التعاقد كان المال لا زال كما رآه المشتري، هنا لا يكون خيار أيضا؛ لأن الرؤية السابقة التي لم يعقبها تغير في الموضوع تعتبر وكأنها رؤية عند التعاقد، فلا تبيح الخيار.

جاء في المدونة: « قلت: أرأيت سلعة اشتريتها غائبة عني، قد كنت رأيتها، أو على الصفة، أيجوز هذا في قول مالك ؟ قال: نعم »[2].

وجاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ٣٣٢): « من رأى شيئا بقصد الشراء، ثم اشتراه بعد مدة، وهو يعلم أنه الشيء الذي كان رآه، لا خيار له، إلا أنه، إذا وجد الشيء قد تغير عن الحال الذي رآه فيه، كان له الخيار ».

- وإذا تعاقد المشتري أو المستأجر دون رؤية للموضوع، ثم رآه بعدم تمام العقد، عند هذه الرؤية يثبت له الخيار، تلقائيا لدى الأحناف، وبشرط لدى المالكية، كما سبق.

والرؤية هنا لا تعني فقط الإدراك بواسطة البصر، وإنما تعني الإدراك

١-مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٤، ص ٢٣٠، والمعاملات الشرعية المالية ص ١١٧.

٢-المدونة، ج٤، ص ٢٠٨، ٢٠٩.

بمختلف الحواس، حسب اختلاف الموضوع، فالعطر، مثلا، لا يدرك بالرؤية، وإنما بحاسة الشم، والطعام لا يدرك بالرؤية وحدها، وإنما بالتذوق، والثياب لا تكفي فيها الرؤية، وإنما لابد فيها من اللمس، وهكذا.

وإذن فمهما تم إدراك الموضوع بحاسة واحدة، أو بحاستين تكون رؤية الموضوع قد وجدت، وترتب عليها الخيار، إذا كان تم التعاقد دون إدراك محسوس؛ وذلك توقيا للجهالة والغلط في المعقود عليه، وحرصا على سلامة الرضا.

إلا أن هذا الإدراك لا يجب أن يشمل الموضوع كله، وفي كل الحالات، فالموضوع الذي تتقارب وحداته، كالبيض، مثلا، يتعاقد بشأنه على أساس النموذج: «الأشياء التي تباع على مقتضى أنموذجها تكفي رؤية الأنموذج فيها » (م: ٣٢٤ مجلة الأحكام). « ما بيع على مقتضى الأنموذج، إذا ظهر دون الأنموذج، يكون المشتري مخيرا فيه، إن شاء قبله، وإن شاء رده» (م:٣٢٥ مجلة الأحكام).

المبحث الثالث: أثر خيار الرؤية.

العقد الذي يثبت فيه خيار الرؤية يصبح عقدا نافذا غير لازم، بالنسبة للطرف الذي له الخيار، كالمشتري والمستأجر، مثلا، فيكون بإمكانه أن يمضي العقد، فيصبح نهائيا وأن يفسخه فيلغى. إلا أن هذه الإمكانية هل يجب أن تمارس فور الرؤية وبمقدار الوقت اللازم لاتخاذ الموقف، أم أن هذا الحق في الإمضاء والفسخ يظل مطلقا، وتمكن ممارسته مهما طال الزمن ؟

قال البعض: إن الخيار يجب أن يمارس خلال مدة معقولة لا تضر بالطرف الآخر، فمن مصلحة هذا الطرف أن يعرف مصير العقد في المدة المناسبة، حتى لا يلحقه ضرر الانتظار، أو تعنت الطرف الذي له الخيار[1].

١-انظر الفقه الإسلامي لمحمد يوسف موسى، ص ٤٧٧، والفقه الإسلامي لمحمد سلام مذكور، ص ٥٥٤.

المبحث الرابع: سقوط خيار الرؤية

يسقط خيار الرؤية بما يلي:

١ – برؤية المشتري للعين المبيعة، ورضاه بها، وسواء كان الرضا صريحا، كأن يقول: قبلت بهذا المبيع، أو رضيت به، أو كان الرضا ضمنيا، كقبض المشتري للمبيع من البائع، أو تصرفه في الموضوع تصرف المالك بالبيع، أو الإجارة، أو الرهن: « تصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك يسقط خيار رؤيته » (٣٣٥ مجلة الأحكام).

٢ – هلاك الموضوع، لأن الهلاك يجعل ممارسة الخيار غير ممكنة.

٣ – موت من له الخيار عند الأحناف، بناء على رأيهم بعدم وراثة الحقوق: « خيار الرؤية لا ينتقل إلى الوارث، فإذا مات المشتري، قبل أن يرى المبيع، لزم البيع، ولا خيار لوارثه » (م: ٣٢١ مجلة الأحكام).

٤ – تغير الموضوع بالنقص أو الزيادة لدى الأحناف، كما سبق في خيار العيب.

الفرع الرابع: خيار النقـد.

هذا الخيار، كسابقه، هو إمكانية تعطي كلا من البائع والمشتري الحق في إمضاء العقد وفسخه، مرتبطا بنقد الثمن.

هذا الخيار يكون للمشتري، كأن يقول له البائع: أبيعك هذا المال، على شرط: أنك إن نقدتني الثمن خلال شهر من تاريخ العقد، فالعقد بيننا ماض، وإن مضت المدة ولم تنقدني الثمن، فلا بيع بيننا، فالبيع مع خيار النقد للمشتري يكون عادة بيعا بثمن مؤجل، ويكون مصحوبا بخيار هو، في حقيقته، نوع من خيار الشرط.

كما أن هذا الخيار قد يكون للبائع، كأن يقول له المشتري: إن رددت إلي الثمن خلال شهر من تاريخ العقد، رددت لك مبيعك، فإن رد البائع الثمن، خلال مدة الشهر، انفسخ البيع، وإن مضى الشهر دون أن يرد البائع الثمن،

أصبح البيع لازما.

يشترط لخيار النقد أن تكون المدة المشترطة لنقد الثمن بالنسبة للمشتري، أو لرد الثمن بالنسبة للبائع، أن تكون هذه المدة محددة، حرصا على السلامة من الغرر عن طريق الجهالة في الأجل.[1]

١- المواد: ٣١٣ – ٣١٥ من مجلة الأحكام العدلية، مع شرح سليم رستم ص ١٦٦، والمدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص ٦٣٢، والالتزامات في الشرع الإسلامي، ص ٢٠٥، والمعاملات الشرعية المالية، ص ١٢٢.

الفصل الثاني: العقد الصحيح الموقوف.

لكي ينجز العاقد عقدا سليما، يجب أن تتوافر له الأهلية والولاية؛ فإذا فقد الأهلية بالمرة كان العقد باطلا، لا تلحقه الإجازة، وإن نقصت أهلية العاقد كالصبي المميز، والسفيه، وما إليهما، كان العقد صحيحا، لكنه موقوف على إجازة من له ولاية الإجازة.

وبالمثل من يتصرف بحق الغير كالفضولي، أو بموضوع يتعلق به حق الغير، رغم ملكية العاقد له، مثل بيع المادة المرهونة لضمان حق الغير، ومثل بيع الدار المستأجرة، وقد تعلق بها حق المستأجر، ومثل عقود المريض مرض الموت، وقد تعلق بموضوعها حق الورثة.

وما دمنا قد تحدثنا عن بيع الفضولي في نطاق قواعد النيابة، فإننا سنتحدث هنا عن سببين فقط لوقف العقد، هما نقص الأهلية، وتعلق حق الغير بموضوع العقد.

ويتم ذلك في فرعين:

الفرع الأول: وقف العقد بسبب نقص أهلية العاقد.

عندما يباشر شخص ناقص الأهلية، كالصبي المميز، عقدا من العقود، تكون تصرفاته على ثلاث مراتب:

أ – أن يكون التصرف نفعا محضا، كقبول الهبة والوصية، فهذا يجوز من ناقص الأهلية، دون حاجة إلى تدخل أي طرف آخر.

ب – أن يكون التصرف ضررا محضا، كأن يهب ماله للغير، أو يقفه على مؤسسة خيرية، فهذا لا يجوز، ولا يقبل الإجازة من الولي أو الوصي.

ج – أن يكون التصرف دائرا بين النفع والضرر كعقود المعاوضات، مثل البيع والإجارة، فهذه تنعقد صحيحة من ناقص الأهلية؛ لأن مدار صحة العقد على وجود العبارة السلمية عن الإدارة التعاقدية، والصغير المميز يتوفر على هذه العبارة على وجه الإجمال، إلا أن احتمال الخلل يوجب تدخل

الولاية أو الوصاية لتكميل ما قد يحدث من ذلك؛ لهذا السبب كان تصرف ناقص الأهلية موقوفا على إجازة من لدن شخص آخر كامل الأهلية، فإن تمت الإجازة أصبح العقد نهائيا، وإن لم توجد الإجازة ألغي العقد.

وتحصل الإجازة من الولي أو الموصي أو المقدم حسب الحالات، كما تحصل أيضا من ناقص الأهلية نفسه، بعد رشده، إذا لم يكن ولي ولا وصي.

الفرع الثاني: وقف العقد بسبب تعلق حق الغير بالموضوع.

يتوقف العقد بسبب حق الغير في عدة حالات، من أهمها:

أولا: في العقد على الشيء المرهون:

عندما يقدم الراهن على بيع الرهن، وهو بيد المرتهن، يكون قد عقد البيع على موضوع محمل بعقد آخر، هو عقد الرهن السابق على البيع؛ إلا أنه لما كان عقد الرهن يتعلق بالموضوع كتوثيق للدين، وليس كملكية، جاز أن يكون بيع المرهون صحيحا، متوقفا على إجازة الدائن المرتهن، فإن أجازه المرتهن صح العقد، وتعجل المرتهن أخذ حقه، وإن رده المرتهن سقط البيع، وتثبت الرهن.

جاء في المدونة حكاية عن استجواب للإمام مالك مع نفسه: « قال مالك: إذا رهن الرجل رهنا، فباعه الراهن بغير إذن المرتهن ؟ قال: فلا يجوز ذلك، وإن أجازه المرتهن جاز البيع، وعجل للمرتهن حقه »[1].

ثانيا: في العقد على الشيء المؤجر أو المكترى:

كمثال، بيع الشيء المؤجر مختلف فيه:

١ – فالحنفية يرون: أن الإقدام على بيع الموضوع المؤجر لا يجوز؛ لأن هذا الموضوع مشغول بحق الغير نتيجة عقد آخر، إلا أنهم، رغم ذلك، يرون: أن

١-المدونة، ج٥، ص ٢٩٨، وانظر: شرح الخرشي على المختصر، ج٥، ص ١٨،ص ٢٥١، ومواهب الجليل، والتاج والإكليل، ج٥، ص ٢٠، وج٤ ص ٢٦٩، وبداية المجتهد، ج٢، ص ٢٠٩، والمغني، ج٤، ص ٤٠.

هذا البيع، إن وقع، كان المستأجر بالخيار فيه، إن شاء أجاز البيع، وبذلك يفسخ الإيجار، وإن شاء رد البيع، وبذلك يثبت الإيجار [١].

٢ – ويفرق المالكية في بيع الموضوع المؤجر بين المنقولات والعقار:

أ – ففي المنقولات المؤجرة يكون البيع باطلا، غير قابل للتصحيح، ويحق للمستأجر أن يطالب بمحل حقه، مهما انتقل عن مالكه الأصلي.

جاء في المدونة بهذا الصدد: «قلت: أرأيت إن تكاريت من رجل دابة بعينها، إلى موضع كذا، وكذا، فباعها ربها، أو وهبها، أو تصدق بها، قبل أن أركبها، أتجوز هبته، أو صدقته، أو بيعه ؟ قال: « لا يجوز من ذلك قليل، ولا كثير من الهبة، ولا من الصدقة، ولا من البيع؛ والكراء أولى من هبته، وصدقته، وبيعه، وهو قول مالك »[٢].

« قلت: أرأيت إن قدرت على الدابة عند المشتري، وقد غاب الذي أكرى، أيكون بيني وبين الذي اشتراها خصومة، أم لا ؟ قال: إن كان لك بينة، فأنت أولى بالدابة من المشتري؛ لأن الكراء كان قبل الشراء »[٣].

ب– أما العقارات المؤجرة فإن بيعها يجوز، ويبدأ أثر البيع من تاريخ نهاية عقد الإيجار، فيكون هذا البيع نوعا من العقد المضاف. جاء للمالكية في هذا: « يجوز بيع الرباع والأرض المكتراة، خلافا للشافعي، ولا يفسخ الكراء، ويكون واجب الكراء في بقية مدة الكراء للبائع »[٤].

ثالثا: في تصرفات المريض مرض الموت:

تصرفات المريض مرض الموت كالبيع، والوصية، والصدقة، والهبة، تأخذ كلها حكم الوصية؛ لأن تركة الميت يتعلق بها حق الورثة من تاريخ هذا

١–رحمة الأمة، ج١، ص ٢٢٣.

٢–المدونة، ج٤، ص ٤٦٥.

٣–المدونة، ج٤، ص ٤٦٥.

٤–القوانين الفقهية ص ٢٣٩، وانظر: المحلى، ج٨، ص ٣٣، وص ١٨٥، والمبدع، ج٥، ص ١٠٧، ورحمة الأمة، ج١، ص ٢٢٣، وكتاب الكافي ص ٧٤٨.

المرض، وليس، فقط، من تاريخ الوفاة؛ ولذلك يحجر على المريض، فتصبح تصرفاته موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت، وإلا بطلت.

إلا أن حدود وقف العقد تختلف؛ فلو أوصى المريض مرض الموت للوارث، كانت الوصية موقوفة على إجازة بقية الورثة في جميع الموصى به؛ نظرا، أيضا، لحق الورثة في المساواة بالعطاء بينهم، ولو أوصى المريض مرض الموت لغير الوارث كانت الوصية نافذة في الثلث؛ لأن الميت يملك، قبل وفاته، التصرف في ثلث التركة؛ بينما تكون الوصية موقوفة فيما زاد على الثلث؛ لأن حق الورثة يتعلق بثلثي التركة فقط؛ فقد قال الرسول >: « إن الله قد تصدق عليكم، عند وفاتكم، بثلث أموالكم، زيادة لكم في أعمالكم »[١].

١-سنن ابن ماجه، رقم: ٢٧١٠.

الفصل الثالث: العقد البـاطـل.

العقد الباطل هو العقد الذي لا يرتب أثرا، كعقد النكاح أو البيع، الذي يعقده المجنون أو الصغير غير المميز، أو الصغير المميز، فيما هو ضرر محض؛ فهذا العقد، إذا كان بيعا، مثلا، لا ينقل ملكية الثمن إلى البائع، ولا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري، ويكون هو وانعدام العقد سواء.

إن العقد الباطل مرتبة واحدة لدى جمهور الفقهاء؛ بينما هو لدى الأحناف، يشغل مرتبتين، في مقابلة العقد الصحيح، وهاتان المرتبتان هما – كما سبقت الإشارة – البطلان، والفساد.

لكل من الاتجاهين سند تأصيلي يقوم عليه، ونتناول مبررات الاتجاهين، ثم نتحدث عن آثار البطلان، والفساد في العقود، وذلك في فرعين.

الفرع الأول: أساس انقسام البطلان ووحدته.

نتحدث، أولا عن أساس انقسام البطلان لدى الأحناف؛ لننتهي إلى الحديث عن أساس وحدة البطلان لدى بقية المذاهب:

المبحث الأول: أساس انقسام البطلان لدى الأحناف.

يميز الأحناف بين البطلان والفساد على أساس أن الخلل، إذا أصاب أصلا في العقد، أوجد البطلان، والأصل، فيما يخص العقود، هو العاقدان والمحل، فإذا عقد العقد من نهاه الشارع عن العقد، كالمجنون، والصبي غير المميز، وبالمثل، إذا عقد العقد من أباح له الشارع العقد، ولكن عقده على محل غير قابل للعقد، كالخمر، والخنزير، والدم، والميتة، وما إليها، في هذه الأحوال يكون العقد باطلا.

أما إذا انصب الخلل على صفة في العقد، وليس على أصل، كما إذا باع شخص كامل الأهلية دارا، ليتخذها المشتري مخمرة، أو ناديا للقمار، وكما إذا باع بأجل غير مسمى، أو باع طعاما من جنسه بالزيادة، يكون المحل والعاقدان، فيما يخص الجوهر، في حالة السلامة من نهي الشارع، جل

وعلا، ولكن النهي بعد ذلك فيما اتصل بالمحل والعاقدين من صفات، كاتخاذ الدار مخمرة، أو ناديا للقمار، وكالجهالة في الأجل، والكثرة في أحد العوضين من المواد الربوية، في هذه الحال يكون العقد فاسدا، وليس باطلا. يقول شهاب الدين القرافي في تفسير البطلان والفساد كما يتصوره الأحناف:« أركان العقد أربعة: عوضان، وعاقدان. فمتى وجدت الأربعة، من حيث الجملة، سالمة عند النهي، فقد وجدت الماهية، المعتبرة شرعا، سالمة عن النهي، فيكون النهي إنما تعلق بأمر خارج عنها.

ومتى انحرم واحد من الأربعة فقد عدمت الماهية؛ لأن الماهية المركبة كما تقدم، لعدم أجزائها، تعدم لعدم بعض أجزائها.

فإذا باع سفيه (من لا عقل له) من سفيه خمرا بخنزير، فجميع الأركان معدومة، فالماهية معدومة، والنهي والفساد في نفس الماهية؛ وإذا باع رشيد من رشيد ثوبا بخنزير، فقدْ فَقَدَ ركن من الأربعة، هو أحد العوضين، فتكون الماهية معدومة شرعا، ولا فرق في ذلك بين واحد من الأربعة أو اثنين، أو أكثر.

فإذا باع رشيد من رشيد فضة بفضة، فالأركان الأربعة موجودة، سالمة عن النهي الشرعي. فإذا كان أحد العوضين أكثر، فالكثرة وصف جعل لأحد العوضين، فالوصف متعلق (بفتح اللام) النهي، دون الماهية...»[1]

وينتهي شهاب الدين القرافي بتقويم هذا التبرير لانقسام البطلان، فيقول عنه: « وهو فقه حسن»[2].

إن التفريق بين الخلل في الأصل والخلل في الوصف يقوم لدى الأحناف على اعتبارين:

الاعتبار الأول: أن النهي المنصب على أصل في العقد (العاقدان والمحل)

١-الفروق للقرافي، ج٢، ص ٨٣ – ٨٤.

٢- المرجع نفسه.

يرتب مناقضة لوجود العقد، فلا وجود لعقد على خمر، أو دم؛ لأن الشارع نهى عن محل للعقد من هذا النوع، بينما النهي المنصب على صفة في العقد، كالكثرة في أحد العوضين بالعقد الربوي لا ترتب مناقضة لوجود العقد؛ لأن الأصل أو الركن وجد سليما؛ ومن ذلك فالعقد الربوي يعتبر عقدا موجودا بنظر الشارع، رغم أن الشارع نهى عنه، ورغم أن متعاقديه آثمان بالعصيان، ويطالبان بفسخه، تخلصا من العصيان والإثم.

غير أن هذا التمييز في المناقضة بين النهي ووجود العقد لا يصح إلا في العقود التي لا توجد فيها نية القربى إلى الله، عز وجل، بمستوى مباشر، كعقود المعاملات من البيع والإجارة، مثلا؛ أما العقود التي تقوم على نية مباشرة للقربى كالنكاح، فهذه يتم فيها التناقض بين النهي المنصب على الصفة وبين وجود العقد؛ وذلك لتناقض نية القربى مع نية العصيان؛ ومن هنا لو عقد عاقدان نكاحا في السر، بحيث لم يعلنا النكاح، وأوصيا الشهود بالكتمان، هنا توجد المناقضة بين النهي ووجود العقد؛ لأن الكتمان كمعصية في عقد النكاح يناقض التقرب إلى الله بعقد النكاح.

لقد كان من نتيجة هذا التمييز: أن النكاح ليس فيه إلا مرتبة واحدة للبطلان، هي البطلان أو الفساد، باعتبار أن الكلمتين مترادفتان.

الاعتبار الثاني: أن اتصال الصفة بالموصوف ليس أمرا حتميا، فليس من الضروري أن يسري الفساد من الصفة المنهي عنها إلى الأصل السليم؛ وبالمثال ليس من الضروري، في مبادلة طعام بطعام مع زيادة أحد العوضين، أن يسري النهي المنصب على كثرة أحد العوضين، أن يسري ذلك النهي إلى الأصل الذي هو العاقدان والمحل، فتصبح هذه، بدورها، منهيا عنها.

والدليل على قابلية الانفصال بين الصفة والموضوع في العقد: أن إزالة صفة الكثرة في البيع الربوي تجعل العقد صحيحا، وبالمثل إزالة الشرط الفاسد، كاشتراط البائع في عقد البيع ألا يتصرف المشتري في المبيع؛ لأنه إذا تنازل المستفيد من الشرط الفاسد عن شرطه صح العقد؛ ولو كان العقد

منعدما بنظر الشارع، في المثالين، لما جاز القول بصحة العقد عند زوال الصفة الفاسدة.

إن هذا كله يبرر - لدى الأحناف - وجود مرتبة وسطى بين الصحة والبطلان، تقع في أدنى درجات الوجود الشرعي، هي الفساد.

المبحث الثاني: وحدة البطلان لدى المذاهب الثلاثة.

أما غير الأحناف فيرون البطلان مرتبة واحدة، وأن البطلان والفساد بمعنى واحد، كلاهما صفة تمنع العقد أن يكون له أثر.

ويسند هؤلاء اتجاههم بالاعتبارات التالية:

١ – أن النهي عن عقد معناه، أن الشارع لا يعتبر هذا العقد، وأن القيام به عصيان للنهي الشرعي، وسواء في ذلك انصب النهي على الأركان كالعاقدين والمحل، أو انصب على الصفة؛ لأن الصفة، عند هؤلاء، لا وجود لها إلا من خلال الموصوف، فالصفة عرض، والموصوف جوهر، ولا وجود للعرض إلا من خلال الجوهر؛ بمعنى أنه لا انفصال بين الصفة والموصوف، وأن ما يصيب الصفة يسري حتما على الموصوف، على خلاف رأينا عند الأحناف.

٢ – وحتى على افتراض الانفصال بين الصفة والموصوف في العقد، ينتهي الأمر إلى محظور شرعي؛ وبالمثال: لو أزلنا الزيادة التي تكون الربا في العقود الربوية، وصححنا العقد بعد زوال محل النهي، وكسبب للفساد؛ نكون قد ألزمنا المتعاقدين بعقد آخر، لم يرضيا به، ولم يتعاقدا من أجله؛ لأن ما انصب عليه رضا الطرفين هو العوضان مع الزيادة المحذوفة.

٣ – أن النصوص الواردة بالنهي في العقود لم تفرق بين الصفة والأصل في النهي، فهناك نصوص تنهى عن الربا، والربا صفة في أحد العوضين، وليس أصلا في العقد، « لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين»[1]؛

١-صحيح الإمام مسلم، رقم: ٥٨٥.

كما أن هناك نصوصا تنهى عن نكاح المشركين والمشركات، وهو نهي ينصب على العاقدين أو أحدهما: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّۚ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْۗ وَلَا تُنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُواْۚ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْۗ أُوْلَٰٓئِكَ يَدْعُونَ إِلَى ٱلنَّارِۖ وَٱللَّهُ يَدْعُوٓاْ إِلَى ٱلْجَنَّةِ وَٱلْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِۦ﴾[1].

وعلى هذا الأساس ليس هناك إلا نوعان من العقود: العقد الصحيح، بما فيه النافذ والموقوف، ثم العقد الباطل.

غير أن المالكية، بعد هذا، يميزون في النهي المتصل بالعقود بين حالتين:

الأولى: أن يرد النهي على حقيقة العقد، وهم يعنون بحقيقة العقد ما يعني الحنفية بالأصل والصفة معا، هنا يكون العقد باطلا، كبيع الخمر، والخنزير، وعقود فاقد الأهلية، وعقود ناقص الأهلية فيما هو ضرر محض، وكذلك العقود المرتبطة بالغرر في الأجل، أو بالربا، أو بسبب غير مشروع.

الثانية: أن يرد النهي خارجا عن حقيقة العقد، فيما يسمونه مجاور العقد، كالنهي عن ممارسة العقد في الدكان المغصوب، والنهي عن التعاقد وقت صلاة الجمعة: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَۚ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾[2]، هنا يكون العقد صحيحا، ونافذا، ولكنه مكروه؛ لوقوعه مجاورا للنهي في المكان، أو في الزمان[3].

١-البقرة: ٢٢١.

٢-الجمعة: ٩.

٣-الملكية ونظرية العقد، ص ٤٠٩، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٤ ص ١٣٢، والفروق، ج٢ ص ٨٣-٨٤، وتهذيب الفروق، ج٢ ص ٩٨، والمستصفى ج٢ ص ٢٤-٣٢، والبدائع، ج٥ ص ٢٩٩، وتبيين الحقائق، ج٤ ص ٦١.

الفرع الثاني: آثار البطلان.

نتناول آثار البطلان والفساد لدى الأحناف، ثم نتناول آثار البطلان لدى المالكية ويتم هذا في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: آثار العقد الباطل لدى الأحناف.

العقد الباطل في نظر الشارع معدوم، لا وجود له، ومن ثم، فهو لا يرتب أثرا، فمن باع خمرا، أو دما، أو ميتة، أو عقد نكاحا على محرم، لا ينعقد عقده، فلا ينتج عنه ملك البائع للثمن، ولا ملك المشتري للمبيع، ولا ثبوت الرابطة الزوجية، تماما كأن العقد لم يوجد.

وإذا نفذ طرف العقد، بأن أذن البائع للمشتري في عقد البيع، مثلا، بقبض المبيع، رد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، بحيث يسترد المشتري الثمن، ويسترد البائع المبيع.

والعقد الباطل لا تلحقه الإجازة، على خلاف ما رأينا في العقد الموقوف. والعقد الباطل يتمسك ببطلانه كل ذي مصلحة، سواء أكان طرفا في العقد، أو لم يكن، كالقاضي، والمدعى بالحسبة؛ فالبائع يحق له أن يمتنع عن تسليم المبيع للمشتري، تمسكا ببطلان العقد، والمشتري يحق له أن يمتنع من تسليم الثمن، تمسكا بالبطلان، والقضاء بتمسك بالبطلان فيفرض على الطرفين الرجوع إلى الوضع الذي كان سائدا قبل التعاقد، ورافع دعوى الحسبة لإزالة العقد الباطل يتمسك بالبطلان للمحافظة على حق الله، عز وجل، في إزالة المنكر. إلا أن العقد الباطل، وإن كان لا يحدث أثرا، باعتباره عقدا، فإنه يحدث أثرا بصفته واقعة حدثت بين شخصين، وذلك في حالتين:

- الحالة الأولى: إذا تسلم المشتري المبيع في البيع الباطل، وهلك في يد المشتري، فبعض الفقهاء الأحناف يرى: أن الضمان ينتقل إلى المشتري، باعتبار أن المبيع دخل تحت يده لمصلحته هو، لا لمصلحة البائع.

إلا أن الراجح لدى الأحناف: أن يد المشتري في العقد الباطل هي يد أمين؛

قال أبو بكر الكاساني:[1] « إذا باع مالا بما ليس بمال، حتى بطل البيع، فقبض المشتري المال بإذن البائع، هل يكون مضمونا عليه، أو يكون أمانة ؟

اختلف المشايخ فيه:

- قال بعضهم: يكون أمانة، لأنه مال قبضه بإذن صاحبه، في عقد وجد صورة لا معنى، فالتحق العقد بالعدم، وبقي إذنه بالقبض.

- وقال بعضهم: يكون مضمونا عليه: لأن المقبوض على حكم هذا البيع...[2] ».

وقد تبنت مجلة الأحكام العدلية (م: ٣٧٠) الرأي الأول، فاعتبرت يد المشتري في البيع الباطل يد أمين، لا تتحمل الضمان إلا عند التعدي أو التقصير: « البيع الباطل لا يفيد الحكم أصلا، فإذا قبض المشتري المبيع، بإذن البائع، في البيع الباطل كان المبيع أمانة عند المشتري، فلو هلك، بلا تعد، لا يضمنه ».

- الحالة الثانية:إذا تزوج رجل امرأة زواجا باطلا، كأن يتزوج مطلقته للثلاث، جاهلا: أن الثلاث تحرم، ويتم الدخول، هنا يبطل العقد، ولكن آثار تترتب على واقعة الدخول رغم البطلان؛ وذلك كثبوت نسب الولد إن كان، والإعفاء من حد الزنا، وثبوت المهر للزوجة؛ قال أبو بكر الكاساني أيضا متحدثا عن النكاح الفاسد، باعتبار الفساد مرادفا للبطلان في عقد النكاح:« وأما النكاح الفاسد فلا حكم له قبل الدخول، وأما بعد الدخول فيتعلق به أحكام، منها: ثبوت النسب، ومنها وجوب العدة، وهو حكم الدخول في الحقيقة ومنها وجوب المهر »[3].

١-هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، من مدينة كاسان، بجمهورية تركستان، من كبار فقهاء الحنفية، توفي بحلب ٥٨٧ هـ / ١٦٤١ م.

٢-البدائع، ج٥، ص ٣٠٥.

٣-البدائع، ج٢، ص ٣٣٥.

المبحث الثاني: آثار العقد الفاسد لدى الأحناف

العقد الفاسد هو عقد موجود شرعا، لكنه لا أثر له، فلا ينقل الملك إلا إذا انضاف إليه قبض المتعاقد لمحل العقد؛ فإذا باع شخص من آخر مالا، على شرط أن يسلف المشتري البائع قدرا من المال النقدي، هنا يكون عقد البيع موجودا، لكنه لا ينقل الملكية إلى المشتري إلا بقبض المشتري للموضوع، أما قبل ذلك فالعقد لا أثر له.

جاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ٣٧١): « البيع الفاسد يفيد حكما عند القبض، يعني: أن المشتري إذا قبض المبيع، بإذن البائع، صار مالكا له؛ فإذا هلك المبيع بيعا فاسدا عند المشتري لزمه الضمان، يعني: أن المبيع إذا كان من المثليات لزمه مثله، وإذا كان قيميا، لزمته قيمته يوم قبضه ».

ورغم أن العقد الفاسد يفيد الملك بالقبض، فإنه يكون واجب الفسخ؛ لأن الملك الذي يفيده هذا العقد هو ملك ناقص، يفيد، فقط، حق التصرف بالموضوع، ولا يفيد حق الانتفاع، ويبقى العقد الفاسد هكذا واجب الفسخ إلى أن يتعذر الفسخ بالفوات.

والفوات يكون بعدة أسباب، منها:

أ- هلاك الموضوع بيد من قبضه.

ب- استهلاك القابض للموضوع، كأن يأكل الطعام، أو يستعمل الدواء.

ج- أن يتعلق بالموضوع حق الغير عن طريق البيع، أو الرهن، أو الإجارة.

د- أن يزيد القابض في الموضوع زيادة معتبرة كغرس الأرض، أو حفر الآبار فيها، أو إصلاح الدار المتهدمة.

هـ- أن يتغير اسم الموضوع كأن يكون حبوبا، فيطحنها، أو ثوبا، فيخيطه لباسا.

جاء في مجلة الأحكام (م: ٣٧٢): «لكل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد، إلا أنه إذا هلك المبيع في يد المشتري، أو استهلكه، أو أخرجه من يده، ببيع

صحيح، أو بهبة من آخر، أو زاد فيه المشتري شيئا من ماله، كما لو كان دارًا فعمرها، أو أرضا فغرس فيها أشجارا، أو تغير فيها اسم المبيع، بأن كان حنطة فطحنها، وجعلها دقيقا، بطل حق الفسخ في هذه الصور».

وعند فسخ العقد الفاسد يعود الطرفان على ما كانا عليه قبل العقد. وعند فوات الفسخ بأسباب الفوات السابقة، لا يكون الواجب كعوض هو الثمن المسمى، أو بدل الكراء المسمى، مثلا؛ لأن العقد قد شمله الفساد بما فيه الثمن، أو بدل الكراء، وإنما يكون الواجب عوض المثل، إما في شكل مثيل للموضوع الفائت، فيما له مثيل كالحيوان، أو أي منقول آخر يتوفر مثيله في السوق، وإما في شكل القيمة فيما لا مثيل له، كأن يكون الموضوع الفائت فاكهة استهلكت وانتهى موسمها[1].

المبحث الثالث: آثار العقد الباطل لدى المالكية

العقد الباطل لدى المالكية هو عقد خال من المشروعية؛ نظرا لنهي الشارع عنه، سواء كان النهي منصبا على الأركان، كالمحل والعاقدين، أو كان منصبا على الأوصاف كالأجل، والزيادة الربوية، والشروط المخالفة لمقتضى العقد.

فمن اشترى مالا بخمر، ومن اشترى مالا على شرط أن يسلف البائع، ومن تزوج وأصدق المرأة مالا حراما، أو تزوج واشترط عدم الميراث بينه وبين الزوجة، كل ذلك عقد باطل، أو عقد فاسد، باعتبار أن البطلان والفساد معنى واحد، مؤداه عدم ترتيب العقد لأي أثر، فالبيع لا ينقل الملكية، والنكاح لا يرتب وجود الرابطة الزوجية وحل المعاشرة. أما مصير العقد الباطل فيفصل فيه حسب المجال من المعاوضات والأنكحة.

أولا: في المعاوضات.

في هذا المجال عندما يوجد عقد فاسد لأصله، أو لصفته، نكون أمام

١-الملكية ونظرية العقد، ص ٤١٥، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي: ج٤ ص ١٥٨، وشرح المجلة لسليم رستم: ص٢٠٧- ٢١٠.

إحدى حالات ثلاث:

أ- أن يكون العقد الفاسد لم يقبض فيه الموضوع، ويكون المصير هو التراد بين الطرفين، بمعنى أن يرد البائع الثمن، ولا يقبض المشتري المبيع، مثلا، ودلالة ذلك: أن العقد لا أثر له قبل القبض.

ب- أن يكون العقد الفاسد قد قبض فيه الموضوع، وهنا يكون للعقد الفاسد بعض الأثر، يتجلى في انتقال الضمان من البائع إلى المشتري في عقد البيع، مثلا؛ وذلك رغم أن الملكية لا تنتقل بقبض الموضوع، وعلى خلاف ما رأينا عند الأحناف.

قال خليل بن إسحق في المختصر: « وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض»[1].، وقال في التوضيح: «وإن قلنا: إن الضمان في المبيع بيعا فاسدا ينتقل بالقبض، فالملك لا ينتقل بذلك، بل لابد من ضميمة الفوات»[2]؛ ومن ذلك فإذا قبض المشتري المبيع، وضاع عنده، فإنه يكون على ضمانه، فيؤدي مثله أو قيمته يوم قبضه[3].

ج- أن يكون العقد الفاسد قد قبض فيه الموضوع، وأصابه الفوات، هنا تنتقل الملكية للمتعاقد، لا باعتبارها أثرا للتعاقد، فالعقد فاسد أو باطل، ولكنها كأثر للقبض وللفوات معا.

وبالمقابل يجب على المتملك عوض عن موضوع العقد، هو مثل المعقود عليه، فيما له مثل، وتجب القيمة فيما لا مثل له، ولا يجب الثمن المسمى، لأن التسمية باطلة من جملة العقد الباطل.

والفوات، كما مر لدى الحنفية، يكون بعدة أسباب منها:

أ - هلاك الموضوع أو استهلاكه كأكل الطعام وموت الحيوان.

ب - تغير الموضوع بالزيادة أو النقص كالبناء في الأرض، وهدم ما بني فيها.

١-المختصر بشرح الخرشي: ج٥ ص ٨٥.

٢-مواهب الجليل: ج٤، ص ٣٨٠.

٣-بداية المجتهد: ج٢ ص ١٤٥، والقوانين الفقهية: ص ٢٢٤.

ج – مرور مدة يمكن أن يحدث فيها تغير الموضوع كالشهرين.

د – تغير أسعار السوق بالانخفاض أو الارتفاع المعتبر.

هـ– تعلق حق الغير بالموضوع كبيعه، أو رهنه، أو إجارته[١].

هذا ويوجد في المذهب المالكي رأي آخر، يقرب مما سبق أن رأينا لدى الأحناف، يفصل في أثر الفوات بين وضوح الحرمة وشدتها بموضوع العقد أو صفته، كالخمر، والخنزير، والبيوع أو القروض الربوية، وبين قابلية العقد الباطل للتدارك؛ كبيع مادة غذائية مباحة خالية من الربا، بأجل مجهول.

ففي الأول لا أثر للفوات، ويجب التراد بين الطرفين، ولو تغير الموضوع بزيادة أو بنقص، أو بتغير السوق، أو بتعلق حق الغير. وفي الثانية يعتبر الفوات مبررا لإمضاء العقد مع التعويض على أساس المثل أو القيمة كما سبق.

قال ابن وهب[٢] في هذا الرأي: وسمعت مالكا يقول: الحرام البين من الربا وغيره يرد إلى أهله أبدا، فات أو لم يفت، وما كان مما كرهه الناس، فإنه ينقض إن أدرك بعينيه، فإن فات ترك[٣].

إن فكرة الفوات تقوم على اعتبارات العدالة في التعاقد، مثل مراعاة حق الغير حسن النية، الذي يشتري، مثلا، موضوعا من بائع، وقد سبق للبائع أن بسط يده على الموضوع بعقد فاسد.

ثانيا– في الأنكحة:

وفي عقود الأنكحة الفاسدة ينظر المالكية بمنظار ابن وهب أو بمنظار الحنفية فيفرقون في سبب الفساد، بين ما يرجع إلى العقد، كالمحل والعاقدين، والسبب، وبين ما يرجع إلى الصداق.

١–المختصر بشرح الخرشي: ج ٥، ص ٨٦–٨٧، والقوانين الفقهية: ص ٢٢٤.

٢–هو عبد الله بن وهب التركي، ولد بمصر، صحب مالكا عشرين سنة، وهو من الفقهاء والمحدثين الذين يروي عنهم البخاري وغيره. توفي بمصر ١٩٧هـ – ٨١٣ م.

٣– المدونة: ج ٤ ص ١٤٨.

والصداق ليس عوضا في النكاح؛ لأن النكاح ليس عقد معاوضة، وإنما هو عقد شخصي للمعاشرة والسكن ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾[1].

وعلى هذا، فإذا كان الفساد راجعا للعقد كمن تزوج أخته من الرضاع، جاهلا أنها رضعت معه، وكمن تزوج مطلقته بالثلاث، جاهلا أنها تحرم عليه؛ في مثل هذه الحال يجب التفريق بين الزوجين سواء تم الدخول أو لم يتم، ويجب للمرأة بالفراق، بعد الدخول، الصداق الذي سمي في العقد.

وإذا كان الفساد راجعا للصداق كمن أصدق زوجته صداقا مجهولا، أو مرتبطا بأجل مجهول، هنا يكون الدخول بمنزلة الفوات في المعاوضات؛ فإذا تم الدخول فإن النكاح يمضي ويرد الصداق إلى المثل، وإذا لم يتم الدخول فرق بين الزوجين، ولا صداق للمرأة.

١-الروم: ٢١.



الباب الخامس

مدى آثار العقد إزاء الأشخاص من غير المتعاقدين

عندما يتعاقد شخصان نيابة عن الغير، أو أحدهما نائب، تنصرف الآثار إلى الأصيل، فيما يخص أحكام العقد، وقد تنصرف حقوق العقد، في بعض الحالات، إلى النائب المتعاقد، وقد سبق ذلك. أما عندما يتعاقد شخصان بأنفسهما ولأنفسهما، فالقاعدة أن آثار العقد تلزم المتعاقدين وحدهما، ولا تلزم الغير، وقد نصت في هذا مدونة مرشد الحيران (م: ٣٠٦): «إنما تجري أحكام العقود في حق العاقدين، ولا يلتزم بها غيرهما».

إلا أن هذه القاعدة لها استثناءات تمس فيها آثار العقود غير المتعاقدين، إما ممن يخلفونهما في التركة، أو في جزء مشاع منها، أو في مال معين، وإما من دائني المتعاقد المدين، نظرا لتأثر حقوق الدائنين بما يجريه المدين في أمواله من تصرفات.

ونقول كلمة عمن يخلفون المتعاقد في التركة أو في جزء مشاع منها، ثم عمن يخلفونه في مال معين، لننتهي إلى الحديث عن تأثر الدائنين بعقود المدين. ويتم هذا في ثلاثة فصول:

الفصل الأول: من يخلف المتعاقد في التركة أو في جزء مشاع منها

١- الوارث يصبح خلفا عن الموروث فيما يترك من حقوق، ولا يصبح الوارث خلفا في الديون؛ لأن الديون تنصب على التركة، ولا تنتقل إلى ذمة الوارث، فالوارث لا يستقبل التركة إلا بعدما تصفى منها الديون، وتصبح حقا محضا.. لكن هل كل الحقوق تقبل الانتقال إلى الوارث؟

الحقوق الناشئة عن العقد، والتي تقع فيها الخلافة عن الموروث هي الحقوق التي تتعلق بالمال؛ لأن ما يورث هو المال، وبالطبع يدخل في المال ما يعتبر تابعا له.

فإذا باع شخص مالا، وقبل قبض الثمن توفي، يتولى ورثته قبض الثمن، ومن باع بيعا مؤجلا، وتوفي قبل حلول الأجل، فالورثة يحلون محله، ويقبضون الدين عند حلول الأجل، وإذا كان البيع المؤجل موثقا برهن أو كفيل، صار للورثة حق التنفيذ على الرهن ومطالبة الكفيل بالأداء عند حلول الأجل كذلك.

وبالمثل تورث الخيارات، لدى المالكية، وقبول الوصية، وقبول الهبة، لأنها حقوق تتصل بالمال. أما الحقوق التي لا تتعلق بالمال، فإنها لا تنتقل إلى الورثة؛ فلو توفي وصي على يتيم، فالورثة لا يحلون محله في الوصاية؛ لأن الوصاية تقوم على اعتبارات شخصية غير قابلة للوراثة، وكذلك لا يورث الأجل الذي أعطي للمدين المتوفى، فالديون تحل بالموت؛ لأن تأجيل الدين على المدين يقوم على اعتبار شخصي خاص بالمورث[1].

٢- ويلحق بالوارث الموصى له بجزء مشاع من التركة كالثلث، والخمس، ومن ذلك، فإذا أوصى شخص لآخر بثلث ماله، وكان الموصي قد اشترى مالا، وتوفي قبل أن يقبضه، فإن هذا المال المشترى (بالفتح) يحتسب

١-الفروق: ج٣ ص ٢٧٥ – ٢٧٧، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي: ج٥ ص ٥٨ – ٧٩.

في جملة التركة، وبالتالي يحتسب في تقدير الثلث الموصى به؛ ومن ثم يرتفع مقدار الثلث عما لو احتسب دون إدخال المال المشترى.

وما ذاك إلا دليل على أن الموصى له بجزء مشاع تمتد إليه آثار عقود الموصي فيما يخص الحقوق. وبالمقابل إذا أوصى شخص لآخر بثلث التركة، ولكن الموصي كان قد اقترض مالا، وتوفي قبل أن يرد بدله؛ هنا لا تنسحب آثار عقد القرض على الموصى له؛ لأن الدين يؤدى قبل الوصية، فلا تتزاحم الوصية مع الدين.

إلا أنه يجب التمييز هنا بين الدين وبين العبء الذي تتحمله أموال موروثة أو موصى بها، نتيجة عقود سابقة صدرت عن السلف، فهذه الأموال تنتقل إلى الخلف (الوارث، أو الموصى له) مع عبئها، كأثر من عقود السلف (المورث أو الموصي).

الفصل الثاني: من يخلف المتعاقد في مال معين

١ – إذا اشترى شخص عقارا، وأوصى به – قبل قبضه – إلى شخص آخر، في حدود ثلث التركة، وبعد وفاة الموصي قبض الموصى له العقار الموصى به، فوجد به عيبا، فهل يستطيع هذا الموصى له الرجوع بالعيب إلى البائع، كما كان يستطيعه الموصي، باعتباره مشتريا ؟

حسب القواعد العامة، يثبت للموصى له خيار العيب، وتنسحب عليه آثار العقد الذي كان عقده المشتري بشأن العين قبل أن يوصي بها.

والأمر بالمثل فيما لو أوصى شخص لآخر بدار مستأجرة، أو مرهونة، فإنها تنتقل إلى الموصي له بأعبائها الناتجة عن عقد الإيجار، أو عقد الرهن السابقين على الوصية. إذن فالموصى له بعين، كخلف خاص، تنسحب إليه آثار العقد الذي عقده السلف الموصي في الحقوق وفي الأعباء معا.

٢– ويلحق بالموصى له بعين، باعتباره خلفا خاصا عن المتعاقد، بواسطة عقد من عقود التبرع هو الوصية، يلحق به من خلف آخر في عين بواسطة عقد من عقود المعاوضات كالبيع، فتنتقل إلى الخلف آثار عقود السلف في الحقوق وفي الأعباء أيضا:

فإذا اشترى شخص عقارا، ثم باعه قبل أن يقبضه، وفي مدة قريبة، وجد به المشتري الثاني عيبا، فإنه يستطيع الرجوع بالعيب على البائع الأول؛ إعمالا لأثر انسحاب عقد السلف الذي هو المشتري الأول على الخلف الخاص، الذي هو المشتري الثاني.

وإذا اشترى شخص عينا، وكانت محملة بأعباء، نتيجة لعقود سابقة، فإن هذه الأعباء تمس المتملك الجديد؛ فمن اشترى عينا مرهونة، أو مستأجرة، تنتقل إليه العين بعبئها، بل إن العقد يكون موقوفا على إجازة المرتهن أو المستأجر كما سبق.

الفصل الثالث: الدائنون

أما الدائنون فإنهم يتأثرون بالعقود التي يعقدها المدين، فإذا اشترى المدين مالا، فإن ثروته تزيد لهذا الشراء، وبذلك يزيد ضمان الدائنين، فيما لهم على المدين من ديون.

وإذا باع المدين مالا من أمواله، بثمن غير مناسب، نقص ضمان الدائنين، ومن ذلك شرع لمصلحة الدائنين أن يطلبوا من القضاء أن يحجر على المدين في التصرفات الضارة بحقوقهم. إلا أن الدائنين لا تنسحب إليهم عقود المريض مرض الموت؛ لأن عقود هذا المريض تعتبر من قبيل الوصايا، والوصية لا تزاحم الدين[1].

١-مصادر الحق في الفقه الإسلامي: ج٥ ص ٩٨ وما بعدها، والنظرية العامة للموجبات والعقود: ص ٤٨٣.



الباب السادس

تنفيذ العقد

التنفيذ هو الهدف الأساسي من العقد، فبدون التنفيذ لا أثر للعقد على مستوى الواقع.

وأول ما يثيره التنفيذ تحديد كلمات العقد، إن كانت في حاجة إلى التحديد، وتحديد ما يعد من مشمولات العقد التي تدخل ضمنه، دون نص خاص، وهذا ما يطرح قضية تفسير العقد قبل الإقدام على أية خطوة في التنفيذ.

وبعد تحديد كلمات العقد المحتملة ومشمولاته، يأتي تحديد مضمون التنفيذ في العقود المختلفة، فما هي مشتملات التنفيذ في عقد البيع، وفي عقد الإجارة، وفي عقود العمل وغيرها؟

وقد يحدث في بعض الحالات أن يمتنع الملتزم في العقد من التنفيذ، وقد يتهرب بالسفر، مثلا، وقد يخل بواجبه العقدي عن طريق تفويت موضوع العقد عمدا، فما الوسائل التي وضعتها الشريعة لمواجهة التهرب، والامتناع والإخلال بالواجبات أو الالتزامات العقدية ؟

من كل ذلك أقسم الباب إلى أربعة فصول، نعالج في الأول منها تفسير العقد، ونعالج في الثاني تحديد محتوى التنفيذ في عدة أنواع من العقود، ونعالج في الثالث وسائل مواجهة الامتناع والتهرب من تنفيذ العقد، ونعالج في الرابع والأخير ضمان العقد.

الفصل الأول: تفسير العقد

يقوم تفسير العقد على اعتبارين: تحديد مدلول كلمات العقد في ارتباطها بإرادة المتعاقد، ثم تحديد مشمولات العقد التي تدخل ضمنه دون حاجة إلى نص خاص بشأنها.

أولا: تحديد مدلول كلمات العقد في ارتباطها بالإرادة: يحكم هذا التحديد عدة قواعد أهمها:

١- هل يؤخذ في تفسير المدلول بالإرادة الظاهرة أم بالباطنة؟

الإسلام -كقاعدة عامة- يعتمد النية أو الإرادة الباطنة، لقول الرسول ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى»[١]، وفي هذا الإطار وردت القاعدة الفقهية[٢] «الأمور بمقاصدها»[٣]، كما وردت القاعدة: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني»[٤].

ونتيجة لهذا، لو عقد الطرفان كفالة، وشرطا براءة المدين الأصيل، كان العقد حوالة، ولو عقدا، أيضا، حوالة، وشرطا أن يطالب المدين الأصيل، كان العقد كفالة، وفي هذا نصت مجلة الأحكام العدلية: «لو اشترط في الكفالة براءة الأصيل تنقلب حوالة» (م: ٦٤٨) «الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة» (م: ٦٤٩).

لكن إذا لم يكن بالإمكان معرفة الإرادة الباطنة فإنه يكتفى بالإرادة

١-صحيح البخاري بشرح الفتح، ج١، ص ٩.

٢-في الفقه الإسلامي عدة كتب للقواعد العامة، ونمثل بكتاب الأشباه والنظائر لزين الدين ابن نجيم المصري المتوفى ٩٧٠ هـ/ ١٥٦٣ م، في الفقه الحنفي، و الأشباه والنظائر لجلال الدين السيوطي المصري المتوفى ٩١١هـ / ١٥٠٥ م، في الفقه الشافعي، و القواعد لابن رجب المتوفى ببغداد ٧٩٥ هـ / ١٣٩٣م، في الفقه الحنبلي، و الفروق للقرافي الصنهاجي المتوفى بمصر ٦٨٤ هـ / ١٢٨٥ م، في الفقه المالكي. ونعتمد فيما نورده من قواعد على مجلة الأحكام العدلية التي اعتمدت في قواعدها، غالبا، على الأشباه والنظائر لابن نجيم.

٣-المادة الثانية من مجلة الأحكام العدلية.

٤-المادة الثالثة من مجلة الأحكام العدلية.

الظاهرة، المعبر عنها بالكلمات والتعابير الواردة في العقد؛ لأن الأخذ بالإرادة الباطنة في مثل هذه الحالة يعرض التعامل بين الناس إلى الاضطراب؛ جاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ٦٨) « دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه، يعني: أن يحكم بالظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقته ».

٢- هل يحمل الكلام على الحقيقة أم على المجاز؟

يحمل اللفظ في العقد - ما أمكن - على الحقيقة، فإذا تعذرت الحقيقة حمل على المجاز، جاء في مجلة الأحكام: « الأصل في الكلام الحقيقة » (م:١٢) « إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز » (م: ٦١).

وبناء على هذا، لو وقف شخص مالا لينفق ريعه على الفقهاء، فإن الذي يعطي من ريع الوقف، باستعمال الحقيقة، هو المجتهد؛ لأن لفظ الفقيه لا يطلق لغة إلا على المجتهد الذي يستطيع أن يأخذ الأحكام من مصادرها الأصلية، إلا أن العرف أطلق -مؤخرا- لفظ الفقيه على المقلد مجازا، بعد ما قرر الفكر الفقهي إغلاق باب الاجتهاد، فصارت الكلمة تعني المقلد الذي يأخذ برأي أحد كبار الفقهاء دون أن يطلب الدليل فيما يأخذ.

فكلمة (فقيه) عندما ترد في عقود الوقف، كانت تعني المجتهد، كحقيقة لغوية، لكن عند ندرة الاجتهاد، أصبحت تعني المقلد مجازا[1].

٣- هل يكمل العقد المطلق بدلالة العادة؟

وبالمثال لو باع شخص من آخر مالا، ولم يذكرا في العقد أن البيع حال أو مؤجل، فإذا كان العرف جاريا بالبلدة التي جرى بها العقد: أن نوعية المال المتعاقد بشأنه تباع مؤجلة، حمل العقد على التأجيل مراعاة لهذا العرف، وإن لم يكن عرف حمل العقد على الأصل، الذي هو الحلول، حتى يشترط الأجل، جاء في مجلة الأحكام (م: ٣٦): العادة محكمة.

١-الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص ٩٥.

٤- لمصلحة من يفسر الشك: لمصلحة المدين أم لمصلحة الدائن؟

وبالمثال، لو ادعى شخص بدين على تركة، وقال: إن مبلغ الدين هو ٩٥ درهما، ولكن الرقم المكتوب في العقد لم يكن واضحا بالقدر الكافي، فادعى الورثة أن مبلغ الدين هو ٧٥ درهما بدلا من ٩٥، وليس لأي من الطرفين حجة غير ورقة العقد، فهل يؤخذ بقول الدائن، أم بقول الورثة ؟

هناك ثلاث قواعد تحكم الإجابة على هذا السؤال:

أ- «اليقين لا يزول بالشك»[١] وبتطبيق القاعدة على مثالنا، يكون المتيقن هو المبلغ الذي تدعي به الورثة؛ لأنه المبلغ الأقل المتفق عليه، وهذا المتيقن لا يترك ليؤخذ بالمبلغ المشكوك فيه، وهو المبلغ الذي يدعي به الدائن.

ب- «الأصل براءة الذمة»[٢]، وما دام الورثة يدعون البراءة فيما زاد على ٧٥ درهما، ولا بينة للدائن تثبت دعواه، فإن الورثة يظلون على البراءة الأصلية فيما يخص هذا الزائد على الـ ٧٥ درهما.

ج- «الأصل بقاء ما كان على ما كان»[٣]، وبذلك يبقى الموضوع على الحالة المعترف بها من لدن الطرفين، ولا يعتد بقول من يدعي حالة جديدة، ما دام لم يدل بالإثبات الكافي. إذن فالشك في العقود يفسر لمصلحة المدين، لا لمصلحة الدائن.

ثانيا: تحديد مشمولات العقد:

يدخل ضمن العقد دون حاجة إلى وجود نص خاص:

أ- ما يعتبره العرف من مشمولات موضوع العقد: «كل ما جرى عرف البلدة على أنه من مشتملات المبيع يدخل في البيع، من غير ذكر، مثلا، في بيع الدار يدخل المطبخ»[٤].

١-المادة الرابعة من مجلة الأحكام العدلية.

٢-المادة ٨ من مجلة الأحكام العدلية.

٣-المادة (٥) من مجلة الأحكام العدلية.

٤-المادة (٢٣٠) من مجلة الأحكام العدلية.

ب- ما كان من ضروريات المعقود عليه، بحيث لا يتم الانتفاع بالمعقود عليه دون ذلك الضروري: «ما كان في حكم جزء من المبيع، أي ما لا يقبل الانفكاك عن المبيع، نظرا إلى غرض الاشتراء، يدخل في البيع بدون ذكر، مثلا: إذا بيع قفل، دخل مفتاحه، وإذا اشتريت بقرة حلوب لأجل اللبن، يدخل فلوها الرضيع في البيع بدون ذكر»[1].

وهذا يمثل تطبيقا للقاعدة العامة التي تنص: « من ملك شيئا، ملك ما هو من ضروراته، فإذا ملك رجل دارا، ملك الطريق الموصل إليها »[2].

ج- ما كان من توابع المعقود عليه، بشرط أن يكون مستقرا فيه، لا ينفصل عنه إلا بنوع من الإتلاف: « توابع المبيع المتصلة، المستقرة، تدخل في البيع تبعا، بدون ذكر، مثلا: إذا بيعت دار دخل في البيع الأقفال المسمرة والدوالب؛ أي الخزن المستقرة، والرفوف المستمرة، المعدة لوضع فرش»[3].

وهذا أيضا تطبيق للقاعدة العامة التي تجعل التابع غير مستقل بالحكم: «التابع تابع، فإذا بيع حيوان، في بطنه جنين، يدخل الجنين في البيع تبعا»[4].

١-المادة (٢٣١) من مجلة الأحكام العدلية.

٢-المادة (٤٩) من مجلة الأحكام العدلية.

٣-المادة (٢٣٢) من مجلة الأحكام العدلية.

٤-المادة (٤٧) من مجلة الأحكام العدلية.

الفصل الثاني: محتوى تنفيذ العقد

معنى التنفيذ: أن ينجز كل طرف في العقد الواجبات التي أوجبها عليه الشارع، جل وعلا، كأثر للتعاقد.

والأصل في هذا الإنجاز: أن يتم على الصفة المتفق عليها حين العقد، فإذا كان التعاقد في البيع، مثلا، تم على عين؛ تسلم إلى المشتري نفس العين، وإذا اكتريت دار معينة، سلمت إلى المكتري نفس الدار المشاهدة حين التعاقد، ويسمى هذا الإيفاء التنفيذ بالأداء، على غرار ما يسمى فعل الصلاة في وقتها أداء.

غير أنه يقبل في الإيفاء البدل، إذا لم يعد في الإمكان إيفاء الأصل، كما في حالة التلف والضياع؛ حيث يتم اللجوء إلى المثل أو القيمة، نظرا للقاعدة العامة: «إذا بطل الأصل يصار إلى البدل»[1]، ويسمى الإيفاء في هذه الحالة التنفيذ بالقضاء، على غرار ما يسمى فعل الصلاة بعد خروج وقتها قضاء.

إن محتوى تنفيذ العقد يضم، إلى جانب إبقاء العين أو الدين، واجبات أخرى متعددة، تتنوع حسب نوعية الأثر الذي ينتجه العقد، ويمكن تصنيف هذه الواجبات -وعلى مستوى عقود المعاملات المالية- إلى خمس مجموعات:

١- في العقود التي تنقل الملكية:

الملكية تنتقل بالمعاوضة في البيع بمختلف أنواعه، وتنتقل بالتبرع في الهبة، والوصية، والوقف؛ وفي كلتا الحالتين تنتقل الملكية، في المذهب المالكي، بمجرد العقد، ويجب على البائع والمتبرع أن يسلم الموضوع إلى المشتري، وإلى المتبرع عليه، مع زوائده التي حدثت منذ تاريخ العقد.

جاء في مدونة مرشد الحيران:

١-المادة (٥٣) من مجلة الأحكام العدلية.

« ينتقل ملك العين المبيعة للمشتري بمجرد حصول عقد المعاوضة، ووقوعه صحيحا، باتا[1]، نافذا، لازما، سواء كانت عقارا، أو منقولا» (م: ٧٤).

«الزوائد التي تحصل في المبيع بعد العقد، وقبل القبض، كالثمار والنتاج، تكون حقا للمشتري» (م: ٤٨٠).

والتسليم في العقود هو التخلية بين المالك الجديد، وموضوع العقد، في حالة تنتفي فيها العوائق التي تحول دون التسلم، كانشغال الدار، مثلا، بأثاث البائع، أو انشغال الأرض بزرعه. جاء في مجلة الأحكام العدلية (م:٢٦٣) عن التسليم في عقد البيع: « تسليم المبيع يحصل بالتخلية، وهو أن يأذن البائع للمشتري بقبض المبيع، مع عدم وجود مانع من تسلم المشتري إياه ».

إن كيفية التسليم في العقود تختلف حسب نوعية الموضوع:

أ- ففي العقار إذا وجد المالك الجديد بداخل موضوع العقد، بإذن من مالكه القديم، ثم قال هذا الأخير للمالك الجديد: سلمتك إياه، أو سلمه المفتاح إذا كان للعقار مفتاح وقفل، اعتبر ذلك تسليما كافيا، بشرط أن يكون العقار فارغا من حقوق المالك القديم. جاء في مجلة الأحكام العدلية:

«العقار الذي له باب وقفل، كالدار والكرم، إذا وجد المشتري داخله، وقال له البائع: سلمته إياك، كان قوله ذلك تسليما » (م: ٢٧٠).

«إعطاء مفتاح العقار، الذي له قفل، للمشتري يكون تسليما » (م: ٢٧١).

«إذا بيعت أرض مشغولة بالزرع يجبر البائع على رفع الزرع، بحصاده، أو رعيه، وتسليم الأرض خالية للمشتري » (م: ٢٦٧).

ب- وفي الحيوان يكون التسليم إما بالإقباض المباشر، وإما بالإراءة في مكان يقدر المالك الجديد على تسلمه بدون كلفة. جاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ٢٧٢): « الحيوان يمسك برأسه، أو أذنه، أو رسنه الذي في

١ -البيع على البت أو على البتات يقابل البيع على الخيار.

رأسه، فيسلم؛ وكذا لو كان الحيوان في محل بحيث يقدر المشتري على تسلمه بدون كلفة، فأراه البائع إياه، وأذن له بقبضه، كان ذلك تسليما أيضا».

ج- وفي المكيلات والموزونات، نصت مجلة الأحكام (م: ٢٧٣): « كيل المكيلات، ووزن الموزونات، بأمر المشتري، ووضعها في الظرف الذي هيأه لها، يكون تسليما ».

د- وفي العروض تنص نفس المجلة (م: ٢٧٣): « تسليم العروض يكون بإعطائها ليد المشتري، أو بوضعها عنده، أو بإعطاء الإذن له بالقبض، بإراءتها له ».

يتعين مكان التسليم بالشرط عند التعاقد، فإذا عين البائع أو المشتري مكانا للتسليم والتزمه الطرف الآخر، كان هو محل التسليم: « إذا بيع مال على أن يسلم في محل كذا، لزم تسليمه في المحل المذكور »[1].

وإذا لم يكن شرط كان محل وجود المعقود عليه وقت التعاقد هو مكان التسليم: «مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه حينئذ »[2].

أما مصاريف التسليم فيتحملها كل طرف باعتبار تعلق المصاريف بواجبه في التنفيذ؛ جاء في مجلة الأحكام العدلية:

«المصاريف المتعلقة بالثمن تلزم على المشتري » (م: ٢٨٨).

«المصاريف المتعلقة بتسليم المبيع تلزم على البائع وحده، مثلا: أجرة الكيال للمكيلات، والوزان للموزونات المبيعة تلزم البائع وحده» (م: ٢٨٩).

هذا، وبالإضافة إلى الأعمال التي تجسم انتقال الملكية، يدخل في نطاق التنفيذ بعقود المعاوضات رجوع المشتري، مثلا، بالعيب فيما إذا وجد بالعين المبيعة عيبا قديما، ورجوعه كذلك فيما إذا استحق المبيع من يده.

١-المادة (٢٨٧) من مجلة الأحكام العدلية.

٢-المادة (٢٨٥) من مجلة الأحكام العدلية.

٢- في العقود التي تنقل المنفعة:

المنافع تنتقل إما بعوض في عقد الإجارة، وإما بدون عوض في الإعارة وما إليها. ففي انتقال المنفعة بعوض يجب على المالك أن يمكن المنتفع من الموضوع الذي يستوفي منه المنفعة؛ فمن تعاقد لإكراء داره، عليه، بمقتضى تنفيذ العقد، أن يسلم الدار إلى المكتري، قصد استيفاء هذا الأخير للمنفعة.

وبالمثل على الملتزم بالعوض أن يسلمه إلى المالك. جاء في مدونة مرشد الحيران (م: ٣٠٨): « عقد المعاوضة في الجانبين، إذا وقع على منافع الأعيان المالية، مستوفيا شروط الصحة والنفاذ، يستوجب التزام المتصرف في العين بتسليمها للمنتفع، والتزام المنتفع بتسليم ما استحق من بدل المنفعة لصاحب العين ».

وحين استيفاء المنفعة يجب على المنتفع أن يتقيد بحدود الانتفاع المنصوصة في العقد، أو التي يسمح بها العرف؛ ومعنى هذا: أنه يجوز للمنتفع أن يمارس حقوق العقد بالمساوي وبالأقل، ولا يجوز له أن يمارسها بالأكثر: « فمن استأجر دابة للحمل عليها، وبيَّن نوع ما يحمله، وقدره وزنًا، فله أن يحملها حملا مساويا في الوزن، أو حملا أخف منه وزنا، لا أكثر منه »[1].

وأيضا حين استيفاء المنفعة يجب على المنتفع أن يعتني بموضوعها عنايته بملكه، فيجب على المستأجر مثلا: « أن يعتني بالعين المؤجرة كاعتنائه بملكه»[2]، ويجب « على المستعير أن يعتني بحفظ العين المستعارة، وصيانتها، كاعتنائه بمال نفسه»[3].

وعند نهاية استيفاء المنفعة يجب على المنتفع ألا يحول دون استرداد المالك لموضوع المنفعة في عقد الإجارة؛ بينما يجب عليه أن يرد هذا الموضوع

١-المادة (٥٩٥) من مرشد الحيران.

٢-المادة (٦٥٤) من مرشد الحيران.

٣-المادة (٧٧٦) من مرشد الحيران.

في عقد العارية، جاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ٥٩٤): «لا يلزم المستأجر برد المأجور، وإعادته، ويلزم الآجر أن يأخذه عند انقضاء الإجارة »، كما جاء في نفس المجلة (م: ٨٢٥): « متى طلب المعير العارية، لزم المستعير ردها إليه فورا ».

٣ – في العقود التي ترتب دينا في الذمة:

الدين واجب محله الذمة، وتقابله العين، أو الحق في العين، وهذا واجب محله شيء معين، وينبني على التفرقة بين الدين والعين: أن الدين يحتاج الدائن في استيفائه إلى مطالبة المدين؛ بينما الحق في العين يمكن لصاحبه أن يضع يده عليه بدون مطالبة؛ لأن الحق في العين يمنح الشخص سلطته مباشرة على العين.

ينشأ الدين بعدة أسباب، ويهمنا هنا الدين الناشئ عن العقد، وأهم أمثلته: الثمن، والأجرة، وبدل المال المقترض، ونقول كلمة عن الأمثلة الثلاثة للدين الناشئ عن العقد:

– الثمن: « هو ما تراضى عليه العاقدان، سواء زاد على قيمة المبيع، أو نقص»[1]، ويقابل الثمن بالقيمة، «والقيمة هي الثمن الحقيقي»[2].

والثمن يكون دينا في الذمة إذا تم الاتفاق على الأداء بالنقد، كبيع حيوان مقابل نقود، وبالمثل فيما لو كان الثمن مثليا، كبيع حيوان مقابل كمية من الحبوب؛ أما العوض العيني، كبيع حيوان بآخر، فلا يسمى ثمنا، وبالتالي لا يكون دينا في الذمة.

الثمن كدين يترتب بمجرد تمام العقد، ويؤدى حالا، أو عند حلول الأجل، إذا كان العقد مؤجلا.

– الأجرة: هي مقابل المنفعة في عقود الإجارة، وهي تترتب بمجرد العقد، إلا أنها لا تصبح لازمة إلا بأحد أسباب ثلاثة:

١–المادة (٤١٤) من مرشد الحيران.

٢–المادة (١٥٤) من مجلة الأحكام العدلية.

- باستيفاء المنفعة: « تلزم الأجرة باستيفاء المنفعة، مثلا: لو استأجر أحد دابة، على أن يركبها إلى محل، ثم ركبها، ووصل إلى ذلك المحل، يستحق آجرها الأجرة»[1].

- بالاقتدار على استيفائها، ولو لم تستوف فعلا: « تلزم الأجرة، أيضا، في الإجارة الصحيحة بالاقتدار على استيفاء المنفعة، مثلا: لو استأجر أحد دارا، بإجارة صحيحة، فبعد قبضها يلزمه إعطاء الأجرة، وإن لم يسكنها»[2].

- باشتراط تعجيل الأجـرة أو بالتعجيل دون شـرط: « تلزم الأجـرة بالتعجيل، يعني: لو سلم المستأجر الأجـرة نقدا، ملكها الآجـر، وليس للمستأجر استردادها»[3].

غير أن الأجرة كالثمن لا تأخذ صفة الدين إلا إذا كانت مبلغا من النقود، أو قدرا من المثليات، أما إذا كانت عينا، كمن اكترى دارا لمدة محددة مقابل سيارة مشاهدة وقت التعاقد، هنا لا تصبح الأجرة دينا في الذمة.

- بدل المال المقترض: يترتب بمجرد عقد القرض، كتبرع بمنفعة النقود، أو الشيء المثلي بعامة، لمدة محددة بالنص أو بالعرف؛ هذا البدل يترتب في ذمة المقترض؛ لأن مبلغ القرض يدخل في ملكية المقترض بمجرد تمام عقد القرض، وبالطبع يؤدى هذا البدل عند حلول أجل القرض.

هذا، والديون عامة يكون وفاؤها أساسا من المدين، ويبرأ هذا الأخير بوفاء الغير. جاء في مدونة مرشد الحيران (م: ١٩٧): « يجوز وفاء الدين المطلوب من المدين، ومن شخص غيره، بأمره، وبغير أمره ».

وإذا حدث أن أدى المدين الدين، ورفضه الدائن، هنا يلجأ المدين إلى القضاء؛ ليحصل على خلوص ذمته من الدين الحال: « إذا عرض المديون

١-المادة (٦٤٩) من مجلة الأحكام.

٢-المادة (٤٧٠) من مجلة الأحكام.

٣-المادة (٤٦٧) من مجلة الأحكام.

مبلغ الدين على غريمه، فامتنع من قبضه، فله أن يرفع الأمر إلى الحاكم، ليأمره بقبضه»[١].

٤- في العقود التي يرتب القيام بالعمل:

في هذا النوع من العقود يجب على المتعاقد أن يقوم بعمل لصالح المتعاقد الآخر.

وتختلف نوعية العمل حسب الحالات، ولنأخذ الأمثلة:

أ- في الإجارة الخاصة، حيث يعمل الأجير لغيره مع شرط الاقتصار عليه، وعدم العمل لشخص آخر[٢] يتم التنفيذ من طرف الأجير بالعمل لمصلحة الآجر وحده، في حدود الاستطاعة، ومع إعطاء الوقت الكافي للقيام بالشعائر كالصلوات المفروضة، والإفطار في رمضان: « ليس للأجير الخاص أن يعمل في هذه الإجارة لغير مستأجره، وإن عمل للغير ينقص من الأجر بقدر ما عمله، وليس له أن يشتغل بشيء آخر سوى المكتوبة، حتى لا يصلي النافلة»[٣].

وبالمقابل يجب الأجر للأجير الخاص بمجرد تسليم نفسه للعمل، سواء عمل أو لم يعمل: «يستحق الخادم الأجرة بتسليم نفسه للخدمة، وتمكينه منها، سواء خدم أو لم يخدم»[٤].

ب- وفي الإجارة المشتركة، حيث يعمل الأجير لمن يطلب عمله، كالخياط والصباغ، والحداد، في مثل هذه الحال يتم التنفيذ بإنجاز الأجير للعمل الذي طلب منه، وهو لا يستحق الأجرة إلا إذا قام بالعمل: «الأجير المشترك هو الذي لا يعمل لواحد مخصوص، ولا لجماعة مخصوصين... والأجير المشترك لا يستحق الأجرة إلا إذا عمل»[٥].

١-المادة (٢٠٩) من مرشد الحيران.

٢-المادة (٦٠٢) من مرشد الحيران.

٣-المادة (٦٠٣) من مرشد الحيران.

٤-المادة (٦٠٧) من مرشد الحيران.

٥-المادة (٦٠٤) من مرشد الحيران.

ج- وفي عقد المزارعة يتم التنفيذ بزرع الأرض، والعناية بما زرع، حتى الطيب، قصد اقتسام المحصول بين صاحب الأرض والمزارع.[1]

د- وفي المساقاة يتم التنفيذ عن طريق عناية المساقي بالأشجار والكروم التي دفعت له، بغية الحصول على ثمارها، واقتسامها بين المالك والمساقي[2].

هـ- وفي الوديعة يتم التنفيذ بحفظ المال المودع من التلف والضياع، بواسطة المستودع نفسه، أو بواسطة عياله: «يجب على المستودع أن يعنى بحفظ الوديعة بما يحفظ به ماله، وأن يضعها في حرز مثلها، على حسب نفاستها، وله أن يحفظها بنفسه، أو بمن يأتمنه على حفظ ماله ممن في عياله»[3].

هذا، وقد يكون الحفظ، كواجب عقدي، عنصرا تابعا في العقد؛ كما في عقد الرهن والإعارة والإيجار[4].

إن العمل في الإجارة بنوعيها، وفي المزارعة والمساقاة، هو عمل إنتاجي، يهدف إلى الزيادة في الثروة؛ بينما العمل في الوديعة والإعارة، والإيجار، هو مجرد محافظة على المال، حتى يظل على حالته التي كان عليها في بداية العقد، ومهما يكن فهو واجب عقدي القيام به تنفيذ لمقتضى العقد.

٥ - في العقود التي ترتب التوثيق:

عقود التوثيق ثلاثة في الإسلام: الرهن، والكفالة، ثم الحوالة لدى بعض المذاهب. فالتنفيذ في الرهن يتم بتسليم العين المرهونة إلى المرتهن للاستيفاء من ثمنها إذا حل الأجل، ولم يؤدِّ المدين.

والتنفيذ في الكفالة: أن يحضر الكفيل المدين في الكفالة بالوجه

١-المادة (٧١٢) من مرشد الحيران.

٢-المادة (٧٣١) من مرشد الحيران.

٣-المادة (٨١٥) من مرشد الحيران.

٤-انظر المادتين (٧٧٦، ١٠٠٩) من مرشد الحيران.

أو بالنفس، وأن يؤدي المال المكفول به في الكفالة بالمال، وذلك إذا لم يؤدِّ المدين الأصيل.

وبعبارة: فالتنفيذ في عقود التوثيق هو القيام بأعمال تجسد حماية الحق.

الفصل الثالث: مواجهة الامتناع والتهرب من تنفيذ العقد

إذا نفذ المتعاقد واجباته العقدية عن طيب خاطر، كان قد وفَّى بكلمته، وامتثل أمر الله عز وجل: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾[1]؛ وإذا امتنع أو تهرب هنا يضع الشارع جل وعلا عدة وسائل لحماية المتعاقد الآخر، ونعالج هذه الوسائل في فرعين:

الفرع الأول: وسائل مواجهة الامتناع من التنفيذ

عند امتناع متعاقد من تنفيذ واجباته يحق للمتعاقد الآخر المتضرر من الامتناع أن يلجأ إلى القضاء لإجبار الممتنع عن تنفيذ واجباته العقدية؛ كما يحق لهذا المتعاقد المتضرر أن يمتنع، بدوره، عن التنفيذ كجزاء، فيما يسمى بحق الحبس، وأخيرا يجوز لهذا المتضرر أيضا، وفق شروط محددة، أن ينفذ بنفسه بصفة مباشرة.

ونقول كلمة عن الوسائل الثلاث في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الإجبار على التنفيذ.

يتم الإجبار على التنفيذ بإلزام المدين أن يسلم موضوع العقد كالمبيع أو الشيء المكترى للطرف الآخر، وبإلزامه أن ينجز العمل المتعاقد بشأنه، إما بنفسه، وإما بواسطة وكيل، أو أجير من قبله؛ كما يتم الإجبار في الديون ببيع أموال المدين عن طريق المزاد العلني، وتوفية الديون من ثمنها، فيما إذا كان للمدين مال ظاهر.

إذا كان للمدين مال، ولكنه أخفاه عن الدائن وعن العدالة، في هذه الحال يسجن المدين حتى يؤدي ما عليه من ديون، أو يثبت عدم ملكيته لأي مال يصلح للتنفيذ عليه.

١-المائدة: ١.

والسجن كإكراه على التنفيذ يخضع في تحديد مدته إلى السلطة التقديرية الموكولة للقضاء، الذي من واجبه أن يحرص على حسن تطبيق كلمة الرسول ﷺ: «مطل الغني ظلم»[1]، «ليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته»[2].

أما المدين المعسر فإنه يمهل إلى أن يوسر: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[3].

المبحث الثاني: حبس العين في عقود المعاوضات.

حبس العين هو عبارة عن وقف التنفيذ، ردا على امتناع الطرف الآخر من تنفيذ التزاماته العقدية.

وحق الحبس يمارس في عدة عقود، منها:

أ- في عقد البيع يجوز للبائع أن يحبس المبيع عن المشتري، إلى أن يتسلم منه الثمن، إلا أن حق الحبس لا يمارس إلا بشروط ثلاثة هي:

أولا: أن يكون البيع حالا، وتنص في هذا مجلة الأحكام (م: ١٧٨): في البيع بالثمن الحال، أعني: غير المؤجل، للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن. لا يتأثر حق الحبس هنا بتقديم المشتري لرهن أو كفيل بالثمن، « إعطاء المشتري رهنا أو كفيلا بالثمن لا يسقط حق الحبس»[4].

وبالمقابل، ليس للبائع حق الحبس في المبيع المؤجل «في بيع النسيئة ليس للبائع حق حبس المبيع، بل عليه أن يسلم المبيع للمشتري، على أن يقبض الثمن وقت حلول الأجل»[5].

ثانيا: ألا يكون البائع قد سلم المبيع إلى المشتري قبل قبض الثمن، فإذا

١- صحيح الإمام مسلم، رقم: ١٥٦٤، والمطل: بفتح الميم.

٢- مسند الإمام أحمد، ج ٤، ص ٣٨٨، وفيه: قال وكيع: عرضه: شكايته، وعقوبته: حبسه.

٣-البقرة: ٢٨٠.

٤-المادة (٢٨٠) من مجلة الأحكام.

٥-المادة (٢٨٣) من مجلة الأحكام.

فعل ذلك فلا يجوز له أن يسترد المبيع ليحبسه في الثمن: «إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن، فقد أسقط حق حبسه»[1].

ثالثا: ألا يكون البائع قد أحال دائنه بالثمن على المشتري، فقبل المشتري الحوالة، في هذه الحال لا يجوز للبائع أن يحبس المبيع حتى يؤدي المشتري الثمن للمحال له، بل عليه أن يسلم المبيع إلى المشتري فورا: «إذا أحال البائع إنسانا بثمن المبيع، وقبل المشتري الحوالة، فقد أسقط حق حبسه، وفي هذه الصورة يلزم البائع أن يبادر بتسليم المبيع للمشتري»[2].

إن حق الحبس في البيع يقوم على أساس أن المشتري هو الذي عليه أن يدفع أولا، ثم يدفع البائع، وذلك بحجة أن الطرفين يجب أن يتعادلا في مرتبة الحق الذي يترتب لكل واحد قبل الآخر؛ لأن حق المشتري على العين المبيعة هو حق قوي، نتيجة لكونه حقا في العين، أو حقا عينيا بلغة القانون؛ بينما حق البائع في الثمن هو حق في الذمة، ولا يتعين إلا بالقبض، ولا يتحقق القبض إلا بإنجاز الدفع من لدن المشتري. وهذا رأي جمهور الفقهاء كمالك، وأبي حنيفة، وعدد من فقهاء الشافعية والحنابلة[3].

ب - في عقد الإيجار يجوز للآجر، إذا تم الاتفاق على تعجيل الأجرة، أن يمتنع عن تسليم العين المؤجرة إلى المستأجر؛ لأن الأجرة عند شرط التعجيل تدخل في ملكية الآجر بمجرد العقد.

أما إذا لم يكن الإيجار مصحوبا بشرط التعجيل، فإن الآجر لا يجوز له أن يحبس العين، وممارسة الحبس في هذه الحالة ستكون دون مبرر[4].

ج- في عقد الإجارة يجوز للأجير الذي يزيد بعمله في قيمة المستأجر فيه، كالصباغ، والخياط، هذا الأجير يجوز له أن يمارس حق الحبس على

١- المادة (٢٨١) من مجلة الأحكام.

٢-المادة (٢٨٢) من مجلة الأحكام.

٣- القوانين الفقهية ص ٢١٢، والمحلى، ج٨، ص ٤٠٣.

٤-المادة (٤٦٨) من مجلة الأحكام العدلية.

العين التي زاد عمله في قيمتها، من أجل أن يستوفي أجرته؛ لكن بشرط ألا تكون الأجـرة مؤجلة بعد انتهاء العمل: «يصح للأجير الـذي لعمله أثـر، كالخياط والقصار، أن يحبس المستأجر فيه، لاستيفاء الأجـرة، إن لم يشترط نسيئتها»[١].

المبحث الثالث: التنفيذ المباشر من طرف الدائن.

نصت المادة (٢٠٨) من مدونة مرشد الحيران: «رب الدين إذا ظفر بجنس حقه من مال مديونه، أو من مال كفيله، وهو على صفته، فله أخذه بلا رضاه».

فالدائن الذي يقع تحت يده مال من أموال المدين الممتنع عن تنفيذ واجب عقدي، يجوز له أن ينفذ بحقه على هذا المال، ولو دون علم المدين، لقول الرسول ﷺ: «الرجل أحق بعين ماله إذا وجده»[٢]، ولأن الرسول ﷺ رفعت أمامه دعوى نفقة من طرف هند زوجة أبي سفيان فقال لها: «خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف»[٣].

وتعرف هذه الوسيلة للتنفيذ في كتب الفقه الإسلامي باسم الظفر بالحق، وباسم نظرية الظفر بالحق[٤].

الفرع الثاني: من وسائل مواجهة التهرب.

يواجه الإسلام تهرب المتعاقد من التزاماته العقدية بعدة وسائل منها:

أ- منع المدين من السفر:

جاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ٦٥٦): « المديون مؤجلا لو أراد الذهاب إلى ديار أخرى، قبل حلول الأجل، وراجع الدائن الحاكم، وطلب كفيلا ، يكون مجبورا على إعطاء الكفيل».

١-المادة (٤٨٢) من مجلة الأحكام العدلية. والقصار: الدباغ.

٢-سنن النسائي، ج٧، ص ٣١٤.

٣-صحيح البخاري بشرح الفتح، ج٤، ص ٤٠٥.

٤-انظر نظرية الضرورة الشرعية: ص ١٨٩.

فالمدين بدين مؤجل، إذا أراد السفر، فللدائن منعه من هذا السفر، إلا إن قدم كفيلا أو رهنا يفي بالدين، وهذا المنع من السفر لا يكون إلا بعد صدور حكم قضائي بشأنه[1].

غير أن الحنابلة يفصلون في هذا المنع بين حق يحل أجله قبل انتهاء السفر، فيوجب المنع إلا برهن أو كفيل، وبين حق لا يحل إلا بعد انتهاء السفر؛ وهذا لا يبرر منع المدين من السفر، جاء في المغني: « من أراد سفرا، وعليه حق يستحق قبل مدة سفره، فلصاحب الحق منعه»[2].

ب- رقابة الشرع على تصرفات المدين[3] :

في المذهب المالكي والحنبلي تكون باطلة تبرعات المدين المستغرق الذمة بالدين، إذا وقعت هذه التبرعات بعد تحقق الاستغراق، ولو قبل صدور الحكم بالحجر؛ وذلك للاحتياط ضد تصرفات المدين المضرة بحقوق الدائنين على أمواله، فالتبرع في هذه الحالة يعتبر من قبيل أخذ أموال الغير بقصد الإتلاف، وقد قال رسول الله ﷺ في ذلك: «من أخذ أموال الناس يريد أداءها، أداها الله عنه، ومن أخذها يريد إتلافها، أتلفه الله»[4].

١-درر الأحكام: ج١، ص ٦٩١.

٢-المغني، ج٤، ص ٥٠٣.

٣-يقرب من هذه الرقابة ما يسمى، قانونا، بالدعوى البوليصية، أو الدعوى البوليانية، وهي دعوى يقيمها الدائن بهدف فسخ عقود المدين المضرة بحقوقه.

٤-بداية المجتهد: ج٢ ص ٢١٤، وإعلام الموقعين: ج٤ ص ٨.

الفصل الرابع: ضمان العقد

«الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيمات»[1].

ولنضرب المثال من شخص تكون بيده ساعة، فيأخذها آخر ويكسرها، هنا يجب على هذا الذي كسر الساعة أن يضمن لمالكها ساعة من نوعها، وإن لم يجد فعليه أن يؤدي له قيمتها بتاريخ الإتلاف.

ولنضرب مثالا آخر من شخص استعار فرسا، على أن يركبه، متنزها، لمسافة ١٠ كلم، إلا أن المستعير حمل على الفرس، وركبه لمسافة ١٥ كلم، فكان أن هلك الفرس، لسبب من الأسباب، هنا يجب على المستعير أن يقدم للمالك إما مثيل الفرس، إن وجد مثيله في السوق، وإما قيمته بتاريخ الهلاك إن لم يجد له مثيلا.

في المثال الأول يسمى الضمان ضمان الفعل؛ لأن غرم المثل أو القيمة ترتب عن الإتلاف، باعتباره عملا غير مشروع، وفي المثال الثاني يسمى الضمان ضمان العقد، لأن الغرم ترتب عن الإخلال بواجب عقدي كان، فبمناسبته هلاك الموضوع.

وكما تضمن الأموال المتقومة على غرار ما رأينا في المثالين، تضمن كذلك المنافع لدى الإمام الشافعي، باعتبار أن المنفعة يمكن تقويمها بالمال، فلو اكترى شخص سيارة ليقطع بها مسافة ١٠٠كلم، فقطع بها مسافة ١٥٠كلم، لزم المكتري: أن يغرم قيمة المنفعة الزائدة على ما اشترط في العقد، وذاك أجرة المثل عن الخمسين كيلو مترا الزائدة.

قال الإمام الشافعي عن ضمان المنافع: «إذا غصب الرجل من الرجل دابة فاستغلها أو لم يستغلها، ولمثلها غلة، أو دارا، فسكنها أو أكراها، أو لم يسكنها ولم يكرها، ولمثلها كراء، أو شيئا ما كان مما له غلة، استغله

١-المادة (٤١٥) من مجلة الأحكام.

أو لم يستغله، انتفع به أو لم ينتفع به، فعليه كراء مثله من حين أخذه حتى يرده»[1].

وقال عز الدين بن عبد السلام، من كبار فقهاء الشافعية بمصر عن المنافع وضمانها: «إن الشرع قد قومها، ونزلها منزلة الأموال،... لأن المنافع هي الغرض الأظهر من جميع الأموال، فمن غصب قرية (ضيعة) أو دارا، قيمتها في كل سنة ألف درهم، وبقيت في يده سبعون سنة، ينتفع بها منافع تساوي أضعاف قيمتها، ولم تلزمه قيمتها، لكان ذلك بعيدا عن العدل والإنصاف، الذي لم ترد شريعة بمثله، ولا بما يقاربه»[2].

وإذن فالضمان نوعان: ضمان فعل، وضمان عقد، وكل منهما إما في الأموال، وإما في المنافع[3].

إلا أن الذي يهمنا هو ضمان العقد[4] وحده، الذي يمكن دراسته على مستويات ثلاثة، من خلال ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الضمان في عقود نقل الملكية بالتبرع

عندما يتبرع شخص بمال على آخر، أو على مؤسسة في شكل الهبة مثلا، ويهلك المال المتبرع به قبل أن يقبضه المستفيد، فمن يسأل عن هذا الهلاك: المالك أم المستفيد؟

لدى غير المالكية: الهبة عقد جائز، لا يلزم إلا بالقبض؛ ومن ذلك فإذا

١-الأم: ج٣ ص ١٤٩.

٣-قواعد الأحكام: ج١، ص ١٨٣.

٣-لقد خالفت المذاهب الثلاثة مذهب الشافعية في مالية المنفعة، وبالتالي في ضمان المنفعة، إلا أن مذهب الشافعي هنا هو المتوافق مع أصول الشريعة، ومع مقتضيات العدالة، قال ابن رشد (الحفيد): «والأقرب إلى الأصول في هذه المسألة هو قول الشافعي» (بداية المجتهد: ج٢ ص ١٧٥). وقال علي حيدر أحد شراح المجلة العثمانية:»للمنافع قيمة كبرى في هذا الزمان... فيجب على فقهاء عصرنا هذا أن يتشاوروا، ويتخذوا قرارا بخصوص قبول مذهب الشافعي في عموم منافع الأموال، وأن يستحصل على إرادة سنية بالعمل به» (درر الأحكام: ج١، ص ٥٨٥).

٤-يعبر عن ضمان العقد، في الدراسات القانونية، بالمسؤولية العقدية، في مقابل المسؤولية التقصيرية، التي ترادف ضمان الفعل في الفقه الإسلامي.

هلك المال الموهوب بآفة سماوية، أو بفعل المالك، كان الهلاك على ملكية الواهب، ولا يلزم هذا الأخير لمصلحة المستفيد بأي عوض، لأن الهبة قد بطلت.

أما لدى المالكية: فالهبة عقد لازم، ينقل الملكية إلى الموهوب له بمجرد العقد، ورغم ذلك، فإن هلاك موضوع الهبة في حالة الآفة السماوية، أو في حالة الإهمال لا يرتب على المالك الضمان لمصلحة الموهوب له.

جاء في المدونة عن الصدقة، وهي أقوى أنواع التبرع: «قلت: أرأيت إن قال: ثلث مالي في المساكين، فلم يخرجه من يديه حتى ضاع المال كله؟ قال: لا شيء عليه في رأيي، فرط، أو لم يفرط»[1].

الفرع الثاني: الضمان في عقود الأمانات

عندما يضع شخص يده على مال الآخر بإذنه، أو بإذن الشارع، تكون يد القابض يد أمين، وذلك كيد المستأجر، والمودع عنده، والمستعير، والمرتهن، وعامل القراض، والمساقاة، والمزارعة، والصانع، والطبيب البيطري، وكيد الأوصياء والحكام، والآباء على أموال اليتامى والمحجورين والأبناء.

والأمين، كقاعدة عامة، لا يتحمل الضمان إلا إذا حصل منه تعد أو تفريط[2]، أما إذا كان الهلاك بآفة سماوية، كالحريق العام مثلا، فإن الأمين لا يتحمل الضمان.

جاء في مجلة الأحكام العدلية: «لا يلزم الضمان إذا تلف المأجور في يد المستأجر، ما لم يكن بتقصيره، أو تعديه، أو مخالفته لمأذونيته» (م:٦٠١).

«يلزم الضمان على المستأجر لو تلف المأجور، أو طرأ على قيمته نقصان بتعديه، مثلا: لو ضرب المستأجر دابة الكراء فماتت منه، أو ساقاها بعنف وشدة، فهلكت، لزمه ضمان قيمتها» (م: ٦٠٢).

١-المدونة: ج٦، ص ٩١.

٢-يعبر عن التعدي والتفريط، قانونا، بالخطأ العقدي.

«الوديعة أمانة في يد الوديع، بناء عليه، إذا هلكت بلا تعد من المستودع، وبدون صنعه وتقصيره في الحفظ، فلا يلزم الضمان» (م: ٧٧٧).

«العارية أمانة في يد المستعير، فإذا هلكت أو ضاعت، أو نقصت قيمتها، بلا تعد ولا تقصير، فلا يلزم الضمان» (م: ٨١٣).

إلا أن المالكية يفرقون في بعض الأمناء، كالمستعير، والمرتهن، والصانع المشترك، يفرقون بين أن يكون المال المهلوك مما يغاب عليه كالحلي، والمنقولات الصغيرة بعامة، وبين أن يكون المال مما لا يغاب عليه، كالفرس، ففي الأول يوجب المالكية الضمان على الأمين، إلا إن أثبت براءته من التعدي ومن التفريط، وفي الثاني تبقى القاعدة على طبيعتها، بمعنى أنه لا ضمان على الأمين، إلا أن يثبت المالك أن الأمين قد تعدى أو فرط.

وأساس المالكية في هذا التفريق بين ما يغاب عليه، وما لا يغاب عليه؛ حيث يفترضون التقصير في الأمين فيما يغاب عليه، وينقلون عبء الإثبات إليه، أساس هذا التفريق: مراعاة المصلحة، والاحتياط ضد التصرفات المخلة، في بعض القطاعات.

الفرع الثالث: الضمان في عقود نقل الملكية بالعوض

يفصل في الضمان هنا بين وقوع سببه قبل القبض أو بعده.

أ- قبل القبض:

إذا هلك المبيع بيد البائع قبل أن يقبضه المشتري، فالمذهب الحنفي يميز بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الهلاك بسبب من البائع، أو بآفة سماوية أو بفعل من المبيع نفسه، كما لو كان حيوانا فالتوى على مربطه، فهلك؛ في هذه الحالات يتحمل البائع نفسه الضمان، بمعنى أن عليه أن يغرم لنفسه مثل المال الهالك أو قيمته، ولا يتابع أحدا بهذا الضمان؛ وذلك لأن البائع إن قصر تحمل نتيجة تقصيره، ولأن الآفة السماوية كسبب قاهر، أصاب

مالا لم يدخل، بعد، إلى ذمة المشتري بصفة نهائية [1]؛ فهذا الدخول لا يتم -في المذهب الحنفي- إلا بالقبض، وهو لم يتم؛ لأن هلاك المبيع بفعل نفسه يعتبر من قبيل تقصير البائع في الحفظ، فيتحمل نتيجة تقصيره كذلك. جاء في مدونة مرشد الحيران (م: ٤٦٠): « إذا هلك المبيع عند البائع بفعله، أو بفعل المبيع، أو بآفة سماوية، بطل البيع، ويرجع المشتري على البائع بالثمن، إذا كان مدفوعا».

والحالة الثانية: أن يكون الهلاك باعتداء من طرف شخص ثالث، فهذا الثالث يتحمل الضمان، والمشتري يخير بين الإجازة والفسخ، نظرا لتلف موضوع العقد، جاء في مدونة مرشد الحيران أيضا (م: ٤٦٢): «إذا هلك المبيع قبل القبض بفعل أجنبي، فالمشتري بالخيار، إن شاء فسخ البيع، ويتبع البائع المعتدي على المبيع، ويضمنه مثله لو مثليا أو قيمته لو قيميا، وإن شاء أمضى البيع، ودفع الثمن، ورجع على المعتدي».

أما المذهب المالكي فيفرق بين نوعين من المبيع:

الأول: مبيع فيه حق التوفية من البائع إلى المشتري عن طريق الكيل، أو الوزن، أو العد، كما في بيع الحبوب، والزيوت والبيض، مثلا، وهذا المبيع لا يدخل في ملكية المشتري، بصفة نهائية، إلا بإنجاز التوفية بالكيل أو الوزن أو العد، وقبل ذلك لو ضاع المبيع، كان ضياعه على ذمة البائع، غير أن على البائع أن يؤدي للمشتري المثل أو القيمة، فيما إذا كان الهلاك بسببه، وإن كان الهلاك بآفة سماوية انفسخ البيع، وعاد للمشتري ما دفعه من الثمن.

الثاني: مبيع ليس فيه حق التوفية، كباقي المبيعات من غير المكيل، والموزون، والمعدود، فهذا يدخل بصفة نهائية في ذمة المشتري بمجرد العقد، ولا دور فيه للقبض، أو للتوفية، في المذهب المالكي.

١-انتقال الملكية بصفة نهائية يعني، من جهة، انتقال الملكية، ومن جهة ثانية، يعني: أن الشيء لو ضاع كان ضياعه على ذمة المالك، ويعبر عن هذا الأخير بانتقال الضمان، وقد تنتقل الملكية، ولا ينتقل الضمان.

ب- بعد القبض:

أما بعد قبض المبيع، فالاتفاق وارد على أن المبيع يكون قد دخل في ذمة المشتري بصفة نهائية؛ ومن ذلك فإذا هلك المبيع، وهو بيد المشتري، بفعل المشتري، أو بآفة سماوية، تحمل المشتري وحده الضمان لنفسه، وإذا هلك المبيع بيد المشتري بفعل البائع، أو بفعل طرف ثالث، تحمل البائع أو ذلك الطرف الثالث الضمان لمصلحة المشتري، نظرا لوجود الاعتداء.

ويستثني المالكية والحنابلة من هذا حالة الجائحة، حيث يتحمل البائع الضمان، رغم أن الهلاك حصل والمبيع بيد المشتري.

والجائحة هي كل ظاهر مفسد من مطر، أو بَـرَدٍ، أو جـراد، أو ريح، أو حريق[1]، أو هي كل آفة لا صنع لآدمي فيها[2]، بمعنى أن الجائحة هي أمر غير متوقع وقت التعاقد، فلا يمكن الاحتياط ضده، وهي أمر لا يستطاع دفعه، فيخرج عن حدود الاستطاعة.

وتكون الجائحة في الثمار والبقول؛ فإذا باع شخص ثمار حقل دون أصولها، ثم أصابت الثمار جائحة أهلكت الثلث فأكثر، هنا يحق للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن المقابل للقدر الضائع من الثمار، وإن ضاع الكل بطل العقد، وارتجع المشتري الثمن.

يقول الرسول ﷺ: « لو بعت من أخيك تمرا، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بمَ تأخذ مال أخيك بغير حق؟»[3]، وروي عن جابر بن عبد الله: « أن النبي ﷺ أمر بوضع الحوائج»[4].

قال الإمام مالك: «الجائحة التي توضع عن المشتري: الثلث فصاعدا، ولا يكون ما دون ذلك جائحة»[5].

١-سنن أبي داود: رقم: ٤٧١.

٢-المغني: ج٤، ص ١١٩.

٣-صحيح الإمام مسلم: رقم: ٥٥٤، وسنن أبي داود: رقم: ٤٧٠.

٤-صحيح الإمام مسلم: رقم: ٥٥٤.

٥-الموطأ برواية يحيى: ص ٦٢١.

وأخيرا: يبدو مما سبق: أن الضمان هو عبارة عن تعويض المال أو المنفعة الضائعة، بالمثل فيما له مثيل، أو بالقيمة لما ليس له مثيل، وأن هذا الضمان لا يمتد إلى تعويض تأخير الوفاء بالواجب العقدي؛ لأن الزمان، مجردا عن العمل، لا يقوم مبررا للكسب في نظر الإسلام، وأن أي تعويض من هذا القبيل سيكون من قبيل الربا محرمًا.

كما أن الضمان لا يمتد إلى الغلة أو المنفعة المستوفاة بمبرر شرعي، كالمنفعة التي يستوفيها مالك دار، مثلا، قبل أن تستحق من يده، وذلك للقاعدة الشرعية التي تنص: الخراج بالضمان.

جاء في المدونة: « قلت: أرأيت لو أن رجلا اشترى دارا، أو ورثها، فاستغلها زمانا، ثم استحقها رجل؟ قال: الغلة للذي كانت الدار في يديه، وليس للمستحق شيء. قلت: لِمَ ؟ قال: لأن الغلة بالضمان»[1].

١-المدونة: ج٥، ص ٣٧٨، وانظر: شرح الخرشي على المختصر: ج٥، ص ١٥٨، ومواهب الجليل: ج٤، ص ٤٨١، وموطأ مالك برواية يحيى: ص ٦٢١، وبداية المجتهد: ج٢، ص ١٣٩، ١٤٠، والقوانين الفقهية: ص ٢١٣، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي: ج٦، ص ١٠٣، والنظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية: ص ٥٠٠.



الباب السابع

حل العقد وانتهاؤه

العقد وما يترتب عنه من حقوق وواجبات ليس شيئا أبديا، فعقد النكاح، مثلا، قد يحل بالطلاق، وعقد البيع يحل بالإقالة، وبالفسخ في الخيارات وغيرها، وعقد الإجارة يحل بالإقالة وبالفسخ وما إليهما، وهكذا.

والعقد كذلك قد ينتهي بوصوله إلى هدفه الأخير؛ فمن اشترى عينا، وتسلمها من البائع بعد ما سلمه الثمن، هذا البيع يكون قد استنفذ غرضه وانتهى، وكذلك عقد القرض، ينتهي عندما يرد المقترض بدل المال المقترض. إذن فالعقود قد تحل، وقد تنتهي، ونقول كلمة عن كل من الحل والانتهاء في فصلين:

الفصل الأول: حل العقد

حل العقد يتم بإحدى صورتين: الحل بالإرادة المنفردة فيما يسمى الفسخ، والحل بالإرادتين المتوافقتين فيما يسمى الإقالة، ونتحدث أولا عن الفسخ، ثم عن الإقالة في فرعين:

الفرع الأول: فسخ العقد

يفسخ العقد لعدة أسباب:

١- أن يكون العقد غير لازم بطبيعته كالوكالة، حيث للموكل، أو للوكيل أن يفسخ الوكالة متى شاء، ما لم ينتج عن الفسخ ضرر بالطرف الآخر.

٢- أن يكون العقد اللازم مرتبطا بأحد الخيارات كخيار العيب، والرؤية، وخيار الشرط وما إليها.

٣- أن يكون العقد موقوفا، كما في عقد الفضولي، وعقود الصغير المميز، وقد سبقت هذه الأسباب مفصلة في مكانها من الكتاب.

٤- وهناك أسباب أخرى للفسخ، مثل موت أحد المتعاقدين، لدى الحنفية، الذين لا يجيزون وراثة عقود المنفعة كالإجارة، ومثل الفسخ بالعذر في عقد الإجارة وما إليها.

والعذر الموجب للفسخ في الإجارة هو أمر طارئ لم يمكن توقعه حين العقد، يجعل تنفيذ العقد أمرا مرهقا؛ وذلك كمن تعاقد مع طبيب على أن يقلع له سنا مؤلمة، إلا أنه فجأة سكن ألم السن، ولم يعد من مبرر لقلع السن، فتنفيذ العقد هنا يصبح مرهقا لمن تقتلع له السن؛ لأنه يحدث له ألما جديدا هو في غنى عنه، كما يحمله مصاريف وأجرة القلع دون حاجة إليهما كذلك.

ومثال آخر للعذر: أن يتفق شخص مع طباخ ليطبخ له ما يحتاجه في حفلة زفافه، إلا أن الزوجة تختلع من الزوج قبل وقت الاحتفال، فيصبح تنفيذ العقد مرهقا للذي تعاقد مع الطباخ، لأنه إن نفذ العقد سيطبخ ما لا حاجة له به، ويتحمل أجرة عمل هو في غنى عنه.

ونظرية العذر تجد تطبيقاتها الواسعة في الإجارة، وفي الإيجار أو الكراء، فمن اكترى دكانه، فاستغرقت الديون ماله، ولا يتخلص من ملاحقة الدائنين إلا ببيع الدكان لأداء الديون من ثمنه، هنا يجوز للمالك أن يبيع الدكان الذي سبق له أن عقد عليه الإيجار، بعد أن يفسخ العقد بالطبع؛ وذلك لأن إرهاقا سيصيب المؤجر لو لم يفسخ عقد الإيجار، ومن جملة الإرهاق أن يحبس في ديون الدائنين بسبب عدم أدائه للديون مع القدرة.

ومن تطبيقات نظرية العذر لدى المالكية: أن يكري شخص أرضا زراعية، فيمنع القحط من زراعتها، أو أن يكتري شخص أرضا فيمنع فيضان الماء عليها من زراعتها أيضا، حتى ينتهي موسم الحرث؛ هنا يجوز للمكتري أن يفسخ العقد؛ لأن التزامه بالأجرة سيضعه في إرهاق؛ حيث يؤدي الأجرة دون تحقيق للهدف من العقد؛ مما يخل بالتوازن بين طرفي العقد[1].

إن نظرية العذر تجد تطبيقاتها في المذهب الحنفي، وتجد مستوى أقل من التطبيق في المذهب المالكي، وبقية المذاهب.

الفرع الثاني: إقالة العقد

الإقالة هي إزالة العقد بالإرادتين المتوافقتين لطرفي العقد.

ولقد حث الرسول ﷺ على قبول استقالة المتعاقد فقال: «من أقال مسلما أقال الله عثرته»[2]، وقال: «من أقال مسلما أقال الله عثرته يوم القيامة»[3].

كما أن الرسول ﷺ استقال هو أيضا من عقد سبق أن عقده، وتبين له ضرره بالمصلحة العامة، فعن « أبيض بن حمال: أنه استقطع الملح الذي

١- القوانين الفقهية: ص ٢٣٩، والفروق: ج٣، ص ٢٦٩، وتبيين الحقائق: ج٥، ص ١٤٣، وبداية المجتهد: ج٢، ص ١٧٣، والبدائع: ج٤، ص ٢٢٢، والوجيز في فقه الإمام الشافعي: ج٢، ص ٢٣٨، ونظرية الظروف الطارئة: ص ٤٧.

٢-سنن أبي داود: رقم: ٤٦٠.

٣-سنن ابن ماجة: رقم: ١٩٩.

يقال له: ملح سد مأرب، فأقطعه له. ثم إن الأقرع بن حابس التميمي أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، إني قد وردت الملح في الجاهلية، وهو بأرض ليس بها ماء، ومن ورده أخذه، وهو مثل الماء العد. فاستقال رسول الله ﷺ أبيض بن حمال في قطيعته في الملح، فقال: قد أقلتك منه، على أن يجعله مني صدقة. فقال رسول الله ﷺ: هو منك صدقة، وهو مثل الماء العد، من ورده أخذه[1].

فالرسول ﷺ عقد إقطاعا مع أبيض بن حمال على منجم سد مأرب باليمن، وبموجب عقد الإقطاع ينتفع أبيض بن حمال بملح الموقع عن طريق الاستخراج والبيع، وتظل الملكية للدولة، وكان اعتقاد الرسول ﷺ أن منجم الملح بسد مأرب ليس مما يحتاجه الناس بالمنطقة؛ غير أن أحد الصحابة، وهو الأقرع بن حابس التميمي وضح للرسول ﷺ طبيعة هذا المنجم في عرف سكان المنطقة، وأنه مثل الماء الدائم الذي يكون مرفقا عاما للسكان، حيث إن تخصيصه بشخص، عن طريق الإقطاع، يضر ببقية السكان.

لما علم الرسول ﷺ بذلك استقال أبيض بن حمال في عقد الإقطاع، ليرد المنجم إلى وضعية المرفق العام، الذي يأخذ منه كل واحد حاجته، على غرار ما يأخذ المسلم حاجته من المياه العامة، ومن الغابات.

إن الشرط الأساسي للإقالة: أن يكون العقد الأصلي مما يقبل الإزالة، كالبيع، مثلا، فإذا كان العقد يكتسي صفة الدوام، فلا تجوز إقالته؛ فهكذا رفض الرسول ﷺ استقالة من بايعه على الهجرة، رغم إلحاح الطرف الآخر على الاستقالة.

قال جابر بن عبد الله: «جاء إلى الرسول ﷺ رجل من الأعراب، فأسلم، فبايعه على الهجرة، فلم يلبث أن جاء إلى النبي ﷺ فقال: أقلني، فقال: لا أقيلك، ثم أتاه، فقال: أقلني، فقال: لا أقيلك، ثم أتاه، فقال: أقلني،

١-سنن ابن ماجة رقم: ٤٧٥. والعد (بكسر فدال مشددة): الدائم الذي لا تنقطع مادته.

فقال:لا، ففر. فقال: المدينة كالكير، تنفي خبثها، وتنضح طيبها»[1].

يتحدث الفقهاء عن الإقالة في عقد البيع والإجارة وما إليها من عقود المعاوضة اللازمة؛ غير أنهم يختلفون هل الإقالة فسخ للعقد، أم هي عقد جديد؟

فقد قال الحنفية والحنابلة والشافعية: إن الإقالة فسخ. وقال المالكية والظاهرية: إن الإقالة عقد جديد، ولمالك في الموطأ أنها فسخ.

ونتيجة هذا الاختلاف:

أ- أن اعتبار الإقالة فسخا يوجب أن يكون مفعول الإقالة هو عودة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد؛ بحيث يسترد البائع، مثلا، المبيع، ويسترد المشتري الثمن، بدون زيادة ولا نقصان، وبدون اختلاف في الأجل والحلول، فيما يخص المبيع، وفيما يخص الثمن.

ب- وأن اعتبار الإقالة عقدا جديدا يجيز أن يختلف العوض بين العقد وإقالته. جاء للإمام مالك في المودنة: «قلت: أرأيت لو أني اكتريت أرضا من رجل، فندمت، وطلبت إليه أن يقيلني فأبى، فزدته دراهم، أيجوز هذا في قول مالك؟ قال: نعم لا بأس بذلك عند مالك»[2].

ومهما يكن، فالإقالة تتم بالإيجاب والقبول، باللفظ، كجميع العقود: «الإقالة كالبيع تكون بالإيجاب والقبول؛ مثلا: لو قال أحد العاقدين: أقلت البيع، أو فسخته، وقال الآخر: قبلت، أو قال أحدهما للآخر: أقلني البيع، فقال الآخر: قد فعلت، صحت الإقالة، وينفسخ البيع»[3].

وتتم الإقالة أيضا عن طريق التعبير بواسطة المعاطاة: «الإقالة بالتعاطي القائم مقام الإيجاب والقبول صحيحة»[4].

١-مسند الإمام أحمد: ج٣، ص ٣٠٧.

٢-المدونة: ج٤، ص ٥٥٩.

٣-المادة (١٩١) من مجلة الأحكام.

٤-المادة (١٩٢) من مجلة الأحكام.

إن موضوع العقد الأصلي يكتسي أهمية خاصة في الإقالة، فهذا الموضوع يجب أن يكون موجودا، فلو هلك لا تصح الإقالة، ولو هلك الموضوع جزئيا، صحت الإقالة فيما يبقى منه: «يلزم أن يكون المبيع قائما، وموجودا في يد المشتري وقت الإقالة فلو كان المبيع قد تلف لا تصح الإقالة»[1].

هذا، ولا يكفي وجود الموضوع حين الإقالة، بل يجب أن يستمر الموضوع موجودا إلى أن يتسلمه المقال فعلا؛ بحيث إذا تمت الإقالة، وهلك الموضوع بعد تمامها، وقبل القبض، تبطل الإقالة، ويستمر العقد الأصلي.

جاء في المدونة: « قلت: أرأيت لو أن رجلا اشتريت منه طعاما، إلى أجل، بثوب، فقبضت الطعام، ثم إنه استقالني فأقلته، فتلف الطعام عندي، بعد ما أقلته، قبل أن أدفعه إليه ؟ قال: قال مالك: هلاك الطعام منك، حتى ترده إلى صاحبه، الذي أقلته منه، وتنفسخ الإقالة».

١- المادة (١٩٤) من مجلة الأحكام.

الفصل الثاني: انتهاء العقد

ينتهي العقد بانتهاء الواجبات، أو الالتزامات المترتبة عنه، وانتهاء الواجبات العقدية يتم من خلال الوسائل التالية:

١– الوفاء بالتنفيذ العيني لموجب العقد، كتسليم المبيع للمشتري، والمأجور للمستأجر، أو بالتنفيذ البدلي، كرد بدل القرض في نهاية الأجل، وقد سبق الحديث عن الوفاء عند دراسة محتوى تنفيذ العقد.

٢– الإبراء، وهذا يعني هبة الدائن ماله من دين إلى المدين، وقد فصلنا الكلام على الإبراء في نظام التبرعات[١].

٣– المقاصة وهي إسقاط دين بدين[٢]، وعرفتها مدونة مرشد الحيران (م: ٢٢٤) بأنها إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه، ولكن هذا الإسقاط لا يكون إلا في حدود الدين الأقل.

ومثلا على ذلك: إذا كان علي مدينا لفؤاد بمائة درهم مترتبة عن بيع، وكان فؤاد مدينا لعلي بمائة وخمسين درهما، مترتبة عن قرض، فإن المقاصة بين الدينين تقع في حدود المائة درهم، ويبقى فؤاد مدينا بخمسين.

والمقاصة نوعان: جبرية تقع بحكم الشريعة، واختيارية تحتاج إلى رضا الطرفين. وتكون المقاصة جبرية فيما إذا اتحد الدينان في الحلول، كأن يكون كل طرف مدينا للآخر بمائة درهم غير مربوطة بأجل، فبمجرد ما يتوازى الدينان تقع المقاصة بحكم الشريعة دون حاجة إلى تراضي الطرفين على هذه المقاصة.

وتكون المقاصة اختيارية إذا كان الدينان مؤجلين، أو كان أحدهما مؤجلا، كأن يكون أحد الطرفين دائنا بمائة درهم حالة، والآخر بمائة درهم

١–انظر كتابنا: نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية.

٢–القوانين الفقهية: ص ٢٥١.

إلى نهاية السنة[1].

٤- وراثة المدين حصرا للدائن: تتصور هذه الوراثة المنحصرة فيما إذا كان الأب قد أقرض ولده مائة درهم مثلا، ثم توفي الأب، ولم يرثه إلا ولده المدين؛ في هذه الحالة ينتهي عقد القرض، بسبب خلافة المدين عن الدائن في الدين، واتحاد صفة الدائن والمدين في شخص الوارث.

ويجد هذا العامل لانتهاء العقد تطبيقه في عدة مجالات:

أ- فإذا كان الولد المدين -في المثال السابق- قد قدم رهنا أو كفيلا لأبيه، ضمانا لمبلغ الدين، ثم توفي الأب، فإن عقد الكفالة أو عقد الرهن ينتهي، لأن العقد الأساسي، وهو القرض، قد انتهى، وعقود التوثيق تتسم بطابع التبعية. جاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ٦٦٧): « لو توفي الدائن، وكانت الوراثة منحصرة في المديون، يبرأ الكفيل من الكفالة».

ب- وإذا كان الولد قد استأجر دارا من أبيه، ثم توفي الأب، وأصبح الولد المستأجر وارثه الوحيد، انتهى عقد الإجارة كذلك: « لو ملك المستأجر عين المأجور بإرث أو هبة يزول حكم الإجارة »[2].

ج – وإذا كان ذلك الولد أيضا مدينا لشخص بمبلغ من المال، مترتب عن القرض، مثلا، وكان هذا الشخص مدينا لأبي الولد بنفس المبلغ، فأحال ذلك الشخص دائنه على ولده، ثم توفي المحال له، وهو الأب، وورثه المحال عليه، وهو الابن، هنا تنقضي الحوالة أيضا: « لو توفي المحال له، فورثته المحال عليه، لا يبقى حكم الحوالة»[3].

٥- تجديد العقد: يجوز للمتعاقدين أن يغيرا من العقد الذي تم عقده إما بزيادة الثمن أو نقصه، وإما بتغيير بعض الشروط المتصلة بالعقد، وفي هذا ينتهي العقد الأول، ويعتبر العقد الثاني؛ نصت (م: ١٧٦) من مجلة

١-المواد (٢٢٥ – ٢٢٧) من مدونة مرشد الحيران.

٢-المادة (٤٤٢) من مجلة الأحكام العدلية.

٣-المادة (٧٠٠) من مجلة الأحكام.

الأحكام: « إذا تكرر عقد البيع بتبديل الثمن، أو تزييده، أو تنقيصه، يعتبر العقد الثاني».

٦- مرور الزمان أو التقادم: هذا العامل لا دور له في مذهب الشافعية والحنابلة، ولكنه يمنع من سماع الدعوى لدى الأحناف، وفي الرأي الراجح لدى المالكية[١].

في هذا الإطار يمنع المالكية من سماع الدعوى العقارية من مشتر، مثلا، لم يحز عقاره، وتركه بيد البائع يحوزه ويستغله كأنه ملكه، لمدة عشر سنوات، ودون أن يكون له عذر في ترك العقار بيد الحائز، كالخوف، أو الصغر، أو الجنون، أو الغيبة.

يمنع المالكية من سماع هذه الدعوى، وبالتالي، يمنعون من قبول الحجة التي يمكن أن يدلي بها المدعي، باعتبار أن الحيازة الهادئة، والمبنية على إنكار حق المدعي، تقوم دليلا على أن المدعي غير محق، وإلا لما سكت هذه المدة الطويلة؛ قال خليل ين اسحق: «وإن حاز أجنبي[٢] غير شريك، وتصرف، ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع، عشر سنين، لم تسمع [٣]، ولا بينته»[٤].

وبالمثل يرى المالكية: أن من أقرض مالا لغيره، ثم بعد ثلاثين سنة، لدى الإمام مالك، أو بعد عشرين سنة، لدى مطرف من تلاميذ الإمام مالك، قام يطالب ببدل القرض، وادعى أنه لم يسترده، فهذه الدعوى لا تسمع من لدن القضاء؛ لأن السكوت هذه المدة الطويلة التي يموت فيها الشهود، وتضيع في مثلها الحجج أو تهمل، دليل على أن المدعي غير محق.

١- يوجد لدى المالكية رأي مرجوح يرى أن التقادم ينهي العقد، ويكسب الحائز ملكية المال المحوز، وقد تبنى هذا الرأي صاحب التحفة. انظر شرح محمد ميارة على التحفة: ج٢، ص ١٧٥.

٢-الأجنبي يقابل القريب.

٣-لم تسمع الدعوى.

٤-مواهب الجليل: ج٦، ص ٢٢١.

لكن عدم سماع الدعوى لا يعني سقوط الحق المترتب عن العقد، فالحقوق في الإسلام لا تسقط بالتقادم، وتروي كتب الفقه في هذا حديث: « لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم »[1].

ويتجلى أثر عدم سقوط الحق فيما إذا اعترف المدعى عليه بالحق المدعى به، فإن المدعي عند الاعتراف يحق له أن يستوفي حقه؛ جاء في مجلة الأحكام العدلية (م: ١٦٧٤ . ١): « لا يسقط الحق بتقادم الزمان؛ فإذا أقر المدعى عليه واعترف صراحة، في حضور الحاكم، بأن حق المدعي عنده، في الحال، على الوجه الذي يدعيه، وكان قد مر الزمان على الدعوى، فلا يعتبر مرور الزمان، ويحكم بموجب إقرار المدعى عليه».

وبعد، فهذه نظرة موجزة عن العقد، وقواعده العامة في الإسلام، نتمنى أن تتاح الفرصة لتوسيعها، وإخراجها في مستوى أحسن، حتى تستطيع أن تلبي أكثر حاجات المجتمع الإسلامي في مجال العقود.

١-مواهب الجليل: ج٦، ص ٢٣٠.

لائحة بأسماء المصادر والمراجع

- الالتزامات في الشرع الإسلامي، أحمد إبراهيم بلك – ط دار الأنصار– القاهرة.

- الاقتصاد السياسي، فتح الله ولعلو، ج٢، دار النشر المغربية - الدار البيضاء.

- أحكام القرآن، أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، دار الكتاب العربي – بيروت.

- أحكام القرآن، القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي، تحقيق محمد علي البيجاوي، ط٢، مطبعة عيسى البابي الحلبي – ١٩٦٧م.

- الأم، الإمام محمد بن إدريس الشافعي، ط دار المعرفة – بيروت – ط٢ – ١٩٧٣.

- إعلام الموقعين عن رب العالمين، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، مطبعة الحاج عبد السلام بن شقرون، القاهرة – ١٩٦٨م.

- الإحكام في أصول الأحكام، أبو محمد علي بن حزم، مطبعة العاصمة بالقاهرة.

- الأصول العامة للفقه المقارن، محمد تقي الحكيم، دار الأندلس – بيروت، ط١ – ١٩٦٣م.

- أحكام المعاهدات في الشريعة الإسلامية، د. محمد طلعت الغنيمي – دار عربي للطباعة بالقاهرة.

- أصول الفقه، أبو بكر محمد بن أحمد السرخي. تحقيق أبي الوفاء الأفغاني، دار المعرفة بيروت ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م.

- الأشباه والنظائر، جلال الدين السيوطي مطبعة عيسى البابي الحلبي– مصر – ١٣٧٨ هـ / ١٩٥٩م.

- الأشباه والنظائر، زين العابدين ابن نجيم. دار الكتب العلمية – بيروت– ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م.

- الإجارة الواردة على عمل الإنسان، د. شرف بن علي الشريف. دار الشروق – العربية السعودية ط. ١ ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠ م.

- الأهلية المدنية في الشرع الإسلامي والقوانين اللبنانية، أنور الخطيب، المكتب التجاري- بيروت ١٩٦٥م.

- الإسلام في وجه الزحف الأحمر، محمد الغزالي – مكتبة الأمل، الكويت.

- إكمال المعلم بفوائد مسلم، أبو الفضل القاضي عياض موسى اليحصبي– تحقيق يحيى إسماعيل، ط دار الوفاء مصر، ط١، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨ م.

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، أبو بكر ابن مسعود الكاساني. ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان.

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن رشد (الحفيد) ط. دار الفكر. دون تاريخ.

- البنك اللاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر – دار التعارف للمطبوعات – بيروت لبنان.

- بلوغ المرام من أدلة الأحكام، أبو الفضل أحمد بن حجر العسقلاني – تحقيق: رضوان محمد رضوان، ط دار الكتاب العربي – بيروت لبنان.

- بحوث في الربا، الشيخ محمد أبو زهرة. ط. دار البحوث العلمية، ط:١، ١٣٩٠ / ١٩٧٠.

- تفسير القرآن العظيم، إسماعيل بن كثير القرشي – دار الفكر – بيروت لبنان – ط: ٣، ١٩٧٠.

- تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، أبو العلاء محمد بن عبد الرحمن

المباركفوري، نشر المكتبة السلفية، المدينة المنورة.

- تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، محمد بن علي بن الشيخ حسين (بهامش الفروق).

- التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف العبدري (المواق) (بهامش مواهب الجليل).

- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي. ط دار المعرفة بيروت لبنان.

- التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، عبد القادر عودة- دار الكتاب العربي - بيروت.

- الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي - ط٣، دار الكاتب العربي: ١٩٦٧.

- الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي - مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر.

- الحصة بالعمل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د السيد علي السيد، نشر المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية مصر - مطابع الأهرام - ١٩٧٢.

- حاشية العدوي على شرح الخرشي، (بهامش شرح الخرشي).

- الحسبة في الإسلام، أحمد بن تيمية. تقديم محمد المبارك - دار الكتب العربية ١٣٨٧ هـ.

- حاشية الجمل على شرح المنهج، سليمان بن عمر بن منصور الجمل- دار إحياء التراث العربي- بيروت لبنان.

- ابن حنبل، الشيخ محمد أبو زهرة - دار الفكر العربي لبنان.

- خلق الإنسان بين الطب والقرآن: د محمد علي البار، ط ١٠،

١٤١٥هـ/ ١٩٩٥ م، الدار السعودية للنشر والتوزيع – جدة، المملكة العربية السعودية.

- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، مكتبة النهضة، بيروت لبنان.

- دروس المعاملات الشرعية المالية، أحمد إبراهيم بك – دار الأنصار.

- رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي – ط ١ دار العلم الملايين بيروت (بهامش الميزان).

- سنن ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويتي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي،ط دار إحياء الكتب العربية – ١٩٥٢ م.

- سنن أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، عزت عبيد الدعاس وعادل السيد. ط دار الحديث – حلب سورية.ط١ – ١٣٩٤ هـ / ١٩٧٤ م.

- سنن الترمذي، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف – دار الفكر – بيروت لبنان.ط ٢ – ١٩٧٤.

- سنن الدارمي عبد الله بن عبد الرحمن الدرامي، دار إحياء السنة النبوية مصر.

- سنن النسائي بشرح جلال الدين السيوطي، ط دار إحياء التراب العربي – بيروت.

- سبل السلام، محمد بن إسماعيل الكحلاني. ط دار الفكر – بيروت لبنان.

- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ط دار الفكر – بيروت.

- شرح الخرشي على مختصر خليل، مطبعة الأميرية، ط٢ – ١٣١٧ هـ مصر.

- شرح محمد ميارة على تحفة ابن عاصم، مطبعة المصرية سنة ١٣١٥هـ.

- شرح مجلة الأحكام العدلية، سليم رستم باز اللبناني – ط٣، المطبعة الأدبية بيروت سنة ١٩٢٣ م.

- شرح الأحكام الشرعية، محمد زيد الإبياني – مكتبة النهضة ببغداد وبيروت.

- الشركات في التشريع المغربي والمقارن، شكري أحمد السباعي- ط نشر مكتبة المعارف – الرباط المغرب. ط ١سنة ١٩٧٦ م.

- صحيح الإمام البخاري بشرح فتح الباري، ط المكتبة – الرياض – المملكة العربية السعودية.

- صحيح الإمام مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط دار إحياء الكتب العربية بمصر ط١ – ١٩٥٥ م.

- الطبقات الكبرى، محمد بن سعد – تحقيق إحسان عباس، ط دار صادر– بيروت لبنان.

- العرب واليهود في التاريخ، د/ أحمد سوسة، ط٢، مؤسسة العربي للإعلان والنشر والطباعة، ١٩٧٣ م.

- عقد الرهن في الشريعة الإسلامية، د/ الشافعي عبد الرحمن السيد عوض، ط دار الأنصار بمصر، ط: ١، سنة ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م.

- علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، دار القلم – الكويت ط ١١ – ١٣٩٧ هـ / ١٩٧٧ م.

- فقه السنة، السيد سابق – دار الكتاب العربي – بيروت.

- الفروق، شهاب الدين القرافي – ط دار المعرفة – بيروت.

- الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن الجزيري، ط. دار إحياء التراث العربي – بيروت. ط ٣.

- الفقه الإسلامي، د. محمد يوسف موسى. ط ٣ – مطبعة دار الكتاب

العربي بمصر سنة ١٩٥٨ م.

– الفقه الإسلامي، محمد سلام مذكور ط. مصر ١٩٥٥. مطبعة الفجالة.

– فتح العلى المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، أبو عبد الله محمد أحمد عليش. مطبعة البابي الحلبي – مصر سنة ١٣٧٨ هـ / ١٩٥٨م.

– فيض القدير بشرح الجامع الصغير، عبد الرؤوف المناوي – ط٢، دار المعرفة بيروت – لبنان سنة ١٣٩١ هـ /١٩٧٢م.

– القوانين الفقهية، ابن جزى – مطبعة الأمنية – الرباط – المغرب.

– القياس في الشرع الإسلامي، لابن تيمية، ولابن القيم، دار الآفاق الجديدة – بيروت – لبنان – ط٣، ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م.

– قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز بن عبد السلام. دار الجيل– بيروت لبنان ط٢ سنة ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠ م.

– القواعد في الفقه الإسلامي، أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي– ط١ – ١٣٩١ هـ / ١٩٧١ م.

– كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، أبو عمر يوسف بن عبد البر القرطبي – مكتبة الرياض الحديثة– الرياض.

–كتاب العبر وديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر، ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر، عبد الرحمن بن خلدون، دار الفكر، بيروت لبنان، ط ١، ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م.

– مجلة الأحكام العدلية.. (مدونة إسلامية للقانون المدني الإسلامي على المذهب الحنفي، أصدرتها الخلافة الإسلامية العثمانية) ط ٥، ١٣٨٨ هـ.

– مرشد الحيران، (مدونة إسلامية للقانون المدني على المذهب الحنفي ألفها قدرى باشا بمصر، ط، نظارة المعارف بمصر، ط٣، مطبعة الأميرية بمصر سنة ١٩٠٩ م).

- المغني، عبد الله بن أحمد المقدسي ابن قدامة مكتبة الرياض الحديثة- الرياض السعودية.

- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، محمد بن عبد الرحمن الحطاب. ط مكتبة النجاح بطرابلس - ليبيا.

- مجموع فتاوى ابن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم- ط الملك خالد بن عبد العزيز آل سعود ومكتبة المعارف، الرباط، المغرب، تحت إشراف المكتب التعليمي السعودي بالمغرب - ١٤٠١ هـ / ١٩٨١م.

- المحلى، أبو محمد علي بن حزم. ط المكتب التجاري - بيروت لبنان.

- المبدع في شرح المقنع، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي- نشر المكتب الإسلامي بدمشق- ١٣٩٤ هـ / ١٩٧٤ م.

- مسند الإمام أحمد، ط المكتب الإسلامي، ودار صادر بيروت لبنان.

- المدونة الكبرى، مالك بن أنس، رواية عبد السلام سحنون عن ابن القاسم، عن الإمام مالك، ط دار صادر بيروت - لبنان.

- مختصر خليل بن إسحق، ط المكتبة التجارية الكبرى - ونشر دار الفكر بيروت - لبنان، ١٣٩٢ هـ / ١٩٧٢ م.

- موطأ الإمام مالك بن أنس، رواية يحيى الليثي - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي - ط إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.

- موطأ الإمام مالك بن أنس، رواية محمد بن الحسن الشيباني - تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف - القاهرة ١٩٦٧م - ط المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بمصر.

- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري- ط٣، - ١٩٦٨ معهد البحوث والدراسات العربية التابع لجامعة الدول العربية.

- المبادئ الشرعية والقانونية، د. صبحي محمصاني – دار العلم للملايين– بيروت – ١٩٥٩ م.

- الموسوعة (موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي) يصدرها تباعا، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بمصر.

- المستصفى من علم الأصول، أبو محمد محمد بن محمد الغزالي. ط١ مصر. ١٣٢٢ هـ، مطبعة بولاق.

- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، محمد مصطفى شلبي. ط دار النهضة العربية بيروت – لبنان. سنة ١٩٦٩ م.

- المجموع شرح المذهب، محيي الدين ابن شرف النووي. مطبعة التضامن الأخوي بمصر.

- معجم مفردات ألفاظ القرآن، الراغب الأصفهاني – تحقيق نديم مرعشلي، دار الكاتب العربي – ١٨٧٢.

- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الشيخ محمد أبو زهرة – ط دار الفكر العربي – بيروت لبنان.

- الموافقات في أصول الأحكام.أبو إسحق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي – تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد – مطبعة محمد علي صبيح بمصر.

- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الشيخ محمد الخطيب الشربيني – مطبعة الاستقامة – القاهرة سنة ١٣٧٤ هـ / ١٩٥٥ م.

- المقدمات الممهدات، أبو الوليد محمد بن رشد (الجد)، مطبعة السعادة بمصر، ١٣٢٣ هـ.

- مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أبو الفرج عبد الرحمن بن الجوزي – تحقيق الدكتورة زينب إبراهيم القاروط ط. دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ط١، - ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م.

- مجلة الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية (على المذهب الحنبلي)، نشر مكتبة النهضة – بيروت وبغداد.

- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، محمد بن علي الشوكاني. مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر.

- نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية، عبد الله بن يوسف الزيلعي – ط١، مطبوعات المجلس العلمي بالهند ١٩٣٨م.

- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، د. صبحي محمصاني. دار العلم للملايين – بيروت ط ٢ – ١٩٧٢ م.

- النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية، محمد الحبيب التجكاني – دار النشر المغربية – الدار البيضاء، ط ١، السنة ١٩٨٣م.

- نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية، محمد الحبيب التجكاني – دار النشر المغربية – الدار البيضاء، ط ١، سنة ١٤٣٠هـ / ١٩٨٣م.

- نظرية التعسف في استعمال الحق، د/ فتحي الدريني ط٢، مؤسسة الرسالة- بيروت. سنة ١٣٩٧ هـ/ ١٩٧٧م.

- نظرية الظروف الطارئة، د/ عبد السلام الترمانيني، دار الفكر – بيروت، ١٣٩١ هـ / ١٩٧١ م.

- نظرية الضرورة الشرعية، د/ وهبة الزحيلي- مؤسسة الرسالة- ط٢- ١٩٤٩ هـ/ ١٩٧٩م، بيروت لبنان.

- النقد الذاتي: علال الفاسي، مطبعة كريماديس، تطوان، ط ٢.

- الهداية شرح بداية المبتدي، علي بن بكر المرغيناني، ط المكتبة الإسلامية.

- الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، محمد بن محمد الغزالي – دار المعرفة ببيروت – ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م.

١- الشهود الحضاري للأمة الوسط في عصر العولمة.

د.عبد العزيز برغوث.

٢- عينان مطفأتان وقلب بصير(رواية).

د. عبد الله الطنطاوي.

٣- دور السياق في الترجيح بين الأقاويل التفسيرية.

د. محمد إقبال عروي.

٤- إشكالية المنهج في استثمار السنة النبوية.

د. الطيب برغوث.

٥- ظلال وارفة (مجموعة قصصية) .

د. سعاد الناصر(أم سلمى).

٦- قراءات معرفية في الفكر الأصولي.

د. مصطفى قطب سانو.

٧- من قضايا الإسلام والإعلام بالغرب.

د. عبد الكريم بوفرة.

٨- الخط العربي وحدود المصطلح الفني.

د. إدهام محمد حنش.

٩- الاختيار الفقهي وإشكالية تجديد الفقه الإسلامي.

د. محمود النجيري.

١٠- ملامح تطبيقية في منهج الإسلام الحضاري.

د. محمد كمال حسن. ________________

١١- العمران والبنيان في منظور الإسلام.

د. يحيى وزيري. ________________

١٢- تأمل واعتبار: قراءة في حكايات أندلسية.

د. عبد الرحمن الحجي. ________________

١٣- ومنها تتفجر الأنهار(ديوان شعر).

الشاعرة أمينة المريني. ________________

١٤- الطريق... من هنا.

الشيخ محمد الغزالي ________________

١٥- خطاب الحداثة: قراءة نقدية.

د. حميد سمير ________________

١٦- العودة إلى الصفصاف (مجموعة قصصية لليافعين).

فريد محمد معوض ________________

١٧- ارتسامات في بناء الذات.

د. محمد بن إبراهيم الحمد ________________

١٨- هو وهي: قصة الرجل والمرأة في القرآن الكريم.

د. عودة خليل أبو عودة ________________

١٩- التصرفات المالية للمرأة في الفقه الإسلامي.

———————— د. ثـريـة أقصـري

٢٠- إشكالية تأصيل الرؤية الإسلامة في النقد والإبداع.

———————— د. عمر أحمد بو قرورة

٢١- ملامح الرؤية الوسطية في المنهج الفقهي.

———————— د. أبو أمامة نوار بن الشلي

٢٢- أضواء على الرواية الإسلامية المعاصرة.

———————— د. حلمي محمد القاعود

٢٣- جسور التواصل الحضاري بين العالم الإسلامي واليابان.

———————— أ.د سمير عبد الحميد نوح

٢٤- الكليات الأساسية للشريعة الإسلامية.

———————— د. أحمد الريسوني

٢٥- المرتكزات البيانية في فهم النصوص الشرعية.

———————— د. نجم الدين قادر كريم الزنكي

٢٦- معالم منهجية في تأصيل مفهوم الأدب الإسلامي.

———————— د. حسن الأمراني

———————— د. محمد إقبال عروي

٢٧- إمام الحكمة (رواية).

———————— الروائي/ عبد الباقي يوسف

٢٨- بناء اقتصاديات الأسرة على قيم الاقتصاد الإسلامي.

أ.د. عبد الحميد محمود البعلي

٢٩- إنما أنت... بلسم (ديوان شعر).

الشاعر محمود مفلح

٣٠- نظرية العقد في الشريعة الإسلامية.

د. محمد الحبيب التجكاني

نهر متعدد.. متجدد

هذا الكتاب

لقد حرص الإسلام على تحقيق التوازن حين التعاقد، فحرم الربا، والغبن، والغش، والتدليس، وكتمان العيوب وما إليها، كما حرص على تحقيق التوازن بعد تمام التعاقد في مرحلة التنفيذ، فأمر بالوفاء، ووضع وسائل عملية لحماية حقوق من يتضرر بالإخلال؛ كحق حبس العين، والتنفيذ المباشر، ومنع المدين من السفر، والطعن بتصرفات المدين المضرة، والإلزام بالضمان عند الضياع، والإتلاف، بالإضافة إلى الوسيلة العامة لحماية الحقوق: المقاضاة، بل إن الإسلام كان سبّاقا في وضع قواعد للحماية من الإرهاق كقاعدة الوضع بالجائحة، وقاعدة إعمال العذر في فسخ عقود الإجارة.

ومن المبدأين العامين: حاكمية الله، وخلافة الإنسان، تنبثق فكرة التكافل الاجتماعي، بمفهوم الإسلام للتكافل، الذي يعني: أن المسلم القادر ينبغي له أن يساهم في المحافظة على مصالح الضعفاء كالمرضى، والصغار، والغائبين عن مواقع حقوقهم وأموالهم؛ وهنا شرع الإسلام، في مجال التعاقد، قواعد النيابة في التعاقد، بفروعها المتعددة: الولاية، والوصاية، والتقديم، والوكالة، والفضالة...



وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
قطاع الشؤون الثقافية
إدارة الثقافة الإسلامية
www.islam.gov.kw/thaqafa